



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

**DAYANE MOTA GOMES**

**SELETIVIDADE DA LEI PENAL REQUISITOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA  
PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS**

Brasília  
2018

**DAYANE MOTA GOMES**

**SELETIVIDADE DA LEI PENAL. REQUISITOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA  
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS**

Trabalho de monografia apresentado  
como requisito de conclusão no curso de  
graduação em Direito, pela faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro  
Universitário de Brasília.

Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos

Brasília  
2018

**DAYANE MOTA GOMES**

**SELETIVIDADE DA LEI PENAL. REQUISITOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA  
PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS**

Trabalho de monografia apresentado  
como requisito de conclusão no curso de  
graduação em Direito, pela faculdade de  
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro  
Universitário de Brasília

Orientador: Marcus Vinicius Reis Bastos

Brasília, de 2018

**Banca Examinadora**

---

Professor Marcus Vinicius Reis Bastos  
Orientador

---

Professor Examinador

## **AGRADECIMENTO**

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus que me deu força, saúde, e que me concedeu a oportunidade de realizar os meus sonhos.

Agradeço aos meus pais e minha irmã que estiveram ao meu lado todos esses anos, me incentivando, ajudando. Por toda a paciência e o amor que tiveram.

Agradeço ao meu melhor amigo Thiago, por todo apoio, ajuda e paciência.

Ao meu orientador Marcus Vinicius Reis Bastos, por toda atenção, paciência e suporte na elaboração deste trabalho.

E por fim gostaria de agradecer a todos que diretamente ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

De coração o meu muito obrigada.

## RESUMO

A sociedade e as suas relações estão em constante evolução havendo a necessidade de criação de normas que regule as suas condutas sociais, direitos e obrigações, visando a busca por uma harmonia. O Direito, em especial o Direito Penal, tem que acompanhar a evolução e as transformações das sociedades, não podendo permanecer de forma engessada. O Direito Penal adota o sistema de penas privativas de liberdade, que com a evolução da sociedade se tornou uma pena obsoleta que não consegue atingir a sua finalidade, sendo pena aplicada principalmente aos grupos da periferia, tendo a norma um caráter seletivo, incidindo as penas carcerárias principalmente aos indivíduos pobres, negros e homens, com penitenciárias cada vez mais lotadas. Criaram então as penas restritivas de direitos, com o intuito de substituir as penas privativas de liberdade, aos crimes de menor potencial ofensivo com a intenção de esvaziar o sistema carcerário, além de penas adequadas. Porém ao ampliar a aplicação das penas restritivas de direito, o legislador permitiu a aplicação aos crimes com pena inferior a quatro anos, desde que não fosse cometido com violência ou grave ameaça. Deste modo, indaga-se a aplicação das penas restritivas de direito aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, possui impedimento absoluto? Ou há exceção há regra?

**Palavras-chave:** Direito Penal. Penas Restritivas de Direitos. Seletividade da Norma. Crimes Cometidos com Violência ou Grave Ameaça. Impedimento absoluto

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
 <b>1. SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL .....</b>	<b>9</b>
1.1 Conceito de Sistema Penal e Direito Penal .....	9
1.2 Características e finalidades do Direito Penal .....	11
1.3 Princípios gerais do Direito Penal .....	14
1.3.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal .....	14
1.3.2 Princípio da culpabilidade .....	20
1.3.3 Lei Penal no Tempo .....	22
1.4 Seletividade do Direito .....	28
 <b>2. AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO .....</b>	<b>32</b>
2.1 Aspectos históricos .....	32
2.2 Aplicação das Penas Restritivas de Direito .....	34
2.3 As espécies de Pena Restritiva de Direitos constante no Código Penal .....	35
2.3.1 Prestação pecuniária .....	36
2.3.2 Perda de bens e valores .....	36
2.3.3 Prestação de serviço à comunidade .....	38
2.3.4 Interdição temporária de Direitos .....	40
2.3.5 Limitação de fim de semana .....	44
2.4 Critérios para substituição da Pena Privativa de Liberdade por Penas Restritivas de Direito .....	47
 <b>3. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRISÃO: CRIME COMETIDO COM EMPREGO DE GRAVE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA .....</b>	<b>56</b>
3.1 Seletividade da norma .....	58
3.2 Entendimento da regra na Jurisprudência do STJ e TJDFT .....	62
3.3 É razoável a estipulação deste impedimento absoluto? .....	69
 <b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>72</b>
 <b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>75</b>

## INTRODUÇÃO

O neste presente trabalho iremos analisar o nosso sistema penal e sua forma de controle social, utilizado pelo Estado como forma de garantir a estrutura econômica e social. Principalmente sobre a perspectiva da seletividade da lei penal com relação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Primeiramente iremos analisar o sistema penal, visando entender a necessidade de um sistema para regular a conduta da sociedade. O sistema penal possui três características centrais, possui um caráter seletivo com relação a sua aplicação incidindo contra aqueles que violem os seus dispositivos, além do caráter repressivo e estigmatizante, visando a proteção da sociedade, impondo regras e sanções para coibir a prática de delitos que prejudiquem a vida em sociedade.

Devemos ter em mente que a norma penal regula alguns pontos em conflito da sociedade, não sendo um sistema que irá regular todas as condutas praticadas pela sociedade, sendo puníveis alguns ilícitos penais. A lei penal visa a proteção do bem jurídico, que é o que se busca a proteger, como por exemplo, o crime de homicídio o bem jurídico protegido e a vida. O bem jurídico é o ponto central para análise se houve ou não a pratica de um ilícito penal, se a conduta humana não ferir o bem jurídico não há ilícito penal, não havendo a violação da norma.

O legislador no momento de elaboração das leis penais deve observar as leis e os princípios constitucionais, além dos costumes e a cultura daquela sociedade.

Em um segundo momento vamos analisar a seletividade do direito. A Constituição Federal de 1988 diz em seu art.5º diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, porém é evidente que tal instituto não se configura a todo momento, pincipalmente em se tratando em um país enraigado de diferenças sociais, e desigualdades de todos os gêneros. Com isso não é difícil perceber que as normas ao serem elaboradas também possuem essa essência da desigualdade, sendo elaboradas leis seletas utilizadas apenas para uma classe social, muito evidente com a norma penal, que possui maior incidência aos indivíduos de comunidades carentes, tendo a essas classes o controle. É evidente que nenhuma lei é feita para atender as necessidades de cada um, tendo então esse caráter seletivo dependendo da sua aplicação e as classes sociais.

Já no segundo capítulo vamos analisar o surgimento das penas restritivas de direito, que foram criadas para substituir as penas privativas de liberdade. Irá abordar a última reforma do Código Penal e o aumento do rol das penas restritivas.

Iremos analisar cada espécie das penas restritivas de direito, os requisitos para a sua aplicação, além dos limites de sua aplicação. Observando todos os institutos, possibilidade de aplicação, que possui o intuito de penas modernas, afastando as penas privativas de liberdade dos crimes de menor potencial ofensivo, afastando penas rigorosas de crimes que não apresentava grande gravidade para a sociedade.

No capítulo terceiro, vamos entender a impossibilidade da aplicação das penas restritivas de direito aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, analisando o impedimento absoluto da norma. Analisando a seletividade da norma a partir da perspectiva do impedimento absoluto da norma. Além de verificar o entendimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, se há a aplicação da regra aos casos concretos, se entendem como impedimento absoluto a impossibilidade de substituição da pena por restritiva de direitos.

E por fim vamos nos debruçar sobre a razoabilidade deste impedimento estipulado pelo legislador, ao inclui-lo na legislação penal.



## 1. SELETIVIDADE DO DIREITO PENAL

### 1.1 Conceito de Sistema Penal e Direito Penal

Podemos dizer que o direito penal é uma espécie de controle social de uma sociedade. Mas nem toda a conduta humana de ações morais e imorais será regulada pelo Direito Penal.<sup>1</sup>

O Estado tem o dever de estruturar e garantir a ordem econômica e social da sociedade, com isso surge o chamado controle social.<sup>2</sup>

O homem sempre se relacionou uns com os outros desde a sua criação e evolução. A partir dessa relação passaram a se organizar em grupos conforme a sua afinidade e interesses comuns. Com a organização de grupos começaram a surgir os conflitos entre grupos. Os seus conflitos eram resolvidos de forma dinâmica, exercida por grupos centralizados do poder sobre os grupos inferiores afastados do poder estatal.<sup>3</sup>

A sociedade sempre tem uma estrutura de poder para resolver as questões conflituosas havendo grupos que dominam outros. Com isso o poder central passa controlar as atividades e as condutas dos homens, as atividades desenvolvidas pelos grupos afastados do poder quanto os grupos do poder.<sup>4</sup>

O controle social é exercido através do convívio social, conforme enfatiza Eugênio Raul<sup>5</sup>, “O controle social se exerce, pois, através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios massivos de comunicação, da atividade artística, da investigação científica, etc.”

Ou seja, o controle social não é meramente a imposição de regras sobre uma sociedade. Conforme Eugênio o controle social vai além de imposição de regras pelo sistema penal, mas deve ser analisado o contexto social através das estruturas sociais (familiar, educação, entre outros).

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 60

<sup>2</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág. 22

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 62

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 62

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 62.

Quando o controle social imposto para o controle da sociedade já não atinge a finalidade de proteção dos interesses individuais da sociedade ocorre então a ruptura, com isso passa à necessidade de criar um novo sistema afim de harmonizar o convívio da sociedade. A partir dessa ideia, foi necessário a criação de um sistema de controle social formalizado, surgindo então o Direito Penal com o intuito de resolver as rupturas realizadas pelos indivíduos da sociedade.<sup>6</sup>

Com o surgimento do Direito Penal como meio de controle social formalizado, nasce junto a necessidade de um sistema penal, para regular e aplicar a norma, estando presente um discurso punitivo com intuito de controlar a conduta humana. Não sendo de forma absoluta, sendo evidente que o sistema penal não consegue regular todas as condutas humanas presentes na sociedade.<sup>7</sup>

O sistema penal tem como objetivo detecta o delito e impor a aplicação da pena. E um sistema que abarca muito mais que uma mera violação da conduta social, estamos diante de uma atividade legislativa que regula a conduta delituosa dentro da sociedade. Tendo o dever de investigar, acusar, processar, aplicar a pena, e fiscalizar o seu cumprimento, sendo exercidos por meio de suas instituições. Lembrando que o sistema penal não deve ser analisado apenas o que está estabelecido em lei, devendo ser observado o convívio social.<sup>8</sup> Estes grupos são responsáveis em realizar o direito penal formando assim o sistema penal.<sup>9</sup>

O sistema penal em um primeiro momento é visto como um sistema igualitário sendo aplicado quando ocorre a violação da norma, excluindo àqueles que não praticaram tais atos, neste caso o sistema penal possui um caráter seletivo, ao atingir apenas os agentes que violem as condutas previstas no sistema.<sup>10</sup>

O sistema penal possui caráter justo, prevenindo a execução de delitos, utilizando de intervenções conforme a necessidade. Além da pena necessária, o sistema penal deve respeitar rigorosamente a proteção da dignidade da pessoa

---

<sup>6</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 35

<sup>7</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 69-70

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal -brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 71

<sup>9</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro.11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.25

<sup>10</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro.11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.25-26

humana, evitando que a pena tenha em sua aplicação um caráter estigmatizante, ou seja, a pena não deve gerar uma degradação em sua figura social.<sup>11</sup>

Podemos observar que o sistema penal brasileiro possui três características centrais, a seletividade, a repreensão e a estigmatização.<sup>12</sup> Utilizando de um caráter programático ao impor a conduta punível.<sup>13</sup>

Neste caso, podemos definir o Direito Penal como um conjunto de normas jurídicas que prevê as condutas ilícitas, definindo sanções, validade da norma, estruturas dos crimes, além do modo de execução das penas.<sup>14</sup> O Direito Penal é o ramo que define o fato-crime, fixando e aplicando as penas, além das medidas de segurança.<sup>15</sup>

Diferente do sistema penal que é a intervenção das três instituições operantes do Estado, a instituição policial, judiciária e penitenciária, que aplicam o direito penal conforme os limites a eles impostos.<sup>16</sup>

## 1.2 Características e finalidades do Direito Penal

Uma das principais características do Direito Penal é a proteção dos bens individuais da sociedade possuindo um caráter de proteção, ao se deparar com uma violação resolvera os conflitos por meio de sanções. A sua principal característica é o efeito preventivo, tentando evitar a prática do delito e impondo regras e sanções para coibir o ato.<sup>17</sup>

O caráter preventivo tem como função evitar a ocorrência do crime. O legislador ao editar normas impõe a sociedade o dever de fazer, ou deixar de fazer com um caráter intimidatório e ético, visando alcançar o caráter preventivo.<sup>18</sup>

---

<sup>11</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.26

<sup>12</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.26

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 80

<sup>14</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.24

<sup>15</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.1-2

<sup>16</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.25

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual. - São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 37-38

<sup>18</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.3

Podemos notar que a partir da violação da norma deixamos de ter um caráter meramente preventivo e então predomina o caráter preventivo especial. Aplica-se à pena abstrata ao caso concreto após a sentença judicial, além da aplicação na fase da execução da pena a norma passa a ter um caráter coercitivo. Esse caráter preventivo especial têm a função de inibir o autor a voltar a violar ou realizar outro tipo de crime, contudo o caráter preventivo, enseja o afastamento da reincidência daquele que praticou o fato crime.<sup>19</sup>

A pena, além do caráter preventivo têm o seu caráter retributivo na aplicação da pena que se estende além da culpabilidade, ensejando um valor moral para a sociedade, com a recuperação e inserção do indivíduo infrator na sociedade após cumprimento da pena imputada.<sup>20</sup>

O direito penal possui caráter valorativo contendo critérios e princípios próprios devendo está em conformidade com as leis constitucionais e supranacionais. Já o seu caráter finalista, visa proteger sempre os bens jurídicos fundamentais, garantindo a validade e sobrevivência da ordem jurídica.<sup>21</sup>

Por fim, podemos falar do seu caráter sancionador de maneira particular, não cria bens jurídicos, mas regula bens já existentes em outras áreas do direito, acrescentando apenas a tutela penal. Por outro lado, tem o caráter constitutivo, o qual regula bens jurídicos que não possuem tutelas em outras áreas do direito e é fundamental para a sociedade.<sup>22</sup>

A luta pelo crime é uma constância de toda a sociedade, porém não é algo que dependa apenas da lei penal, estão envolvidos vários setores da sociedade como a educação familiar, a escolar e assim como os órgãos públicos, utilizando-se de políticas públicas.<sup>23</sup>

A finalidade da lei penal é de natureza meramente jurídica na proteção de bens jurídicos, possui um caráter limitado, contendo um duplo aspecto, o de proteção dos bens jurídicos e a intervenção na ocorrência de lesão grave, como pondera Francisco Toledo, “O caráter limitado da lei penal está sob duplo aspecto: o primeiro

---

<sup>19</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.3

<sup>20</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.3

<sup>21</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 39

<sup>22</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 39

<sup>23</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.6

é o da subsidiariedade da proteção a bens jurídicos; o segundo, a qual dever está condicionada sua proteção a bens jurídicos”.<sup>24</sup>

Dentre os variados ilícitos penais apenas alguns ilícitos são puníveis e abrangidos pelo código penal, podendo até ter origem e fundamentos em outros ramos do direito. Assim, como pode haver fatos de grande relevância social, o direito penal é visto com bastante cautela pelo fato da matéria ser de cunho social sensível.<sup>25</sup>

O direito penal visa à proteção do bem jurídico, Francisco Toledo entende o bem jurídico como:

Aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por serem insuficientes à sua proteção com relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico em outras áreas extrapenais.<sup>26</sup>

Porém o Direito Penal não regula todas as condutas lesivas possíveis, o direito penal não afasta os riscos que o ser humano é submetido ao viver em sociedade, sob pena de impedir o desenvolvimento da humanidade. A Lei Penal regula algumas formas de proteção jurídica, resguardando alguns tipos de agressão e não excluindo outros tipos.<sup>27</sup>

O bem jurídico é o centro de qualquer problema penal, sendo ele de fundamental importância, com critério limitador para a formação do ilícito penal. Se não há bem jurídico protegido não há violação da norma, não havendo o ilícito penal. Se pensássemos apenas na utilização das violações ético-social, teríamos um grande problema, não haveria critérios para aplicação das normas penais, sendo neste caso, punido o agente apenas pelo seu modo de agir e pensar. Não deve se afastar em definitivo o caráter ético e social da norma, pois esta possui a sua relevância para a norma. Devendo o bem jurídico protegido e o caráter ético e social andarem lado a lado.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.13-14

<sup>25</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.15

<sup>26</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.17

<sup>27</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.17

<sup>28</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.18-19

Conforme muito bem Francisco Toledo expõe, não devemos confundir o bem jurídico protegido com o objeto material do crime. Toledo exemplifica muito bem este exemplo, evidenciando essa diferença “no crime de homicídio o objeto material e o corpo humano e o bem jurídico protegido é a vida”. Está incluído o valor ético e social e não apenas os critérios materiais.<sup>29</sup>

Para configurar o crime é necessário que haja a ofensa real, ao potencial do bem jurídico, a mera ofensa não configura ilícito penal. Porém, não basta apenas que haja o bem jurídico, se não houver a violação, a ilegalidade da norma além da culpabilidade do agente, na falta de um destes elementos não há que se falar em crime.<sup>30</sup>

Caso ocorra o evento danoso ao bem jurídico, mesmo que não se alcance o resultado, ainda assim incorre a violação do bem jurídico, porém as penas aplicadas serão diversas para o crime consumado e o crime tentado.<sup>31</sup>

### **1.3 Princípios gerais do Direito Penal**

Para a construção de normas não basta apenas a edição de leis, deve ser observado os costumes e a cultura da sociedade. Com esse fim observamos que o ordenamento jurídico penal é regido tanto por leis quanto por princípios orientadores. Iremos agora observar alguns princípios importantes para o Direito Penal.

#### **1.3.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal**

O princípio da legalidade surgiu junto com a revolução burguesa, em reação aos abusos do absolutismo que ocorria nesta época, trazendo então uma nova ordem, possuindo o indivíduo uma garantia diante o poder estatal, não podendo o poder estatal exercer o seu poder utilizando a coerção penal. O princípio da legalidade se tornou a base para qualquer sistema penal tornando cauteloso e justo.<sup>32</sup>

O princípio da legalidade já estava presente em Declarações e Constituições anteriores, podendo ser analisado na Constituição americana (1787), codificação de D. José II da Áustria (1787), a Declaração dos Direitos do Homem e do

---

<sup>29</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.20

<sup>30</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.20

<sup>31</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.20

<sup>32</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.65

Cidadão (1789). A Declaração de Direitos da Virgínia (1776) era enfática em seu artigo 9º, vedava a promulgação de leis com efeitos retroativos para punir delitos já praticados.<sup>33</sup>

O princípio da legalidade institui que nenhum fato deve ser considerado crime sem lei anterior que o defina, devendo existir lei anterior que estipule a conduta, o bem jurídico protegido e a pena que deve ser aplicada ao caso concreto. O princípio da legalidade está estabelecido na Constituição Federal de 1988, no seu Art. 5º, XXXIX que diz “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.<sup>34</sup>

O princípio da legalidade é a base da estrutura do direito principalmente com relação ao Direito Penal, o qual traz para o ordenamento jurídico a segurança jurídica. Nilo Batista cita muito bem: “Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei”.<sup>35</sup>

A sua principal função é estabelecer a positividade na criação dos crimes chamada de função constitutiva. Com isso não possui função de excluir penas ilegais, apenas constitui a pena legal a ser aplicada.<sup>36</sup>

O princípio da legalidade que garante a função da lei penal se subdivide em outros quatro princípios fundamentais para a lei penal que é a *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia; nullum crimen, nulla poena sine lege scripta; nullum crimen, nulla poena sine lege stricta e nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.<sup>37</sup>

A *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* significa a exigência de lei anterior, não podendo haver a retroatividade da lei penal, sendo necessário a exigência de lei anterior para punir um ato ilícito. A doutrina tem o entendimento que a lei também não deve retroagir nos casos de medidas de segurança, pois não suportam a irretroatividade da lei.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.66

<sup>34</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.21

<sup>35</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.67

<sup>36</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.68

<sup>37</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.22

<sup>38</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.68-69

O princípio surgiu para acabar com a prática de imposição de penas que não estavam previstas no momento do crime, a partir da conduta criavam-se leis para imputar aquele fato, com esta prática reiterada passou a ter insegurança jurídica, podendo aplicar qualquer pena sem nenhum parâmetro.

Somente lei emanada do poder legislativo pode criar crimes e penas, devendo a lei ser em sentido estrito. Não podendo ser realizadas por medida provisórias, por ter natureza de lei delegada tendo a sua eficácia condicionada à expressa aprovação do Congresso Nacional.<sup>39</sup>

Outra forma relevante em que não se admite a criação de crimes e penas, é pela via de medida provisória. A Constituição em seu Art. 68 §1º em que diz que não poderá a medida provisória delegar sobre matéria de competência do congresso, câmara dos deputados ou senado Federal, ou seja, a Constituição veda delegação sobre direitos individuais por meio de medida provisória.<sup>40</sup>

Podemos perceber que a medida provisória sem a sua devida aprovação no congresso nacional não é lei e por esse motivo não pode instituir crime ou pena. Caso o faça incorre na violação do princípio da lei anterior prevista no Art. 5º XXXIX da constituição Federal de 1988.

Neste princípio da lei anterior ou reserva legal são circunstâncias que andam lado a lado, não permitindo que uma lei retroaja e atinja um ato ilícito já praticado, e por outro lado a lei cria direitos e obrigações que podem retroagir para atingir o acusado em caso de favorecimento, podendo a lei retroagir para alcançar condutas praticadas anteriores a lei que beneficie o réu conforme o Art.5º XL, da Constituição Federal de 1988 que diz: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta significa impossibilidade de criação de crimes e penas pelos costumes. O único meio para a criação de crimes e penas, é pela lei escrita conforme as regras constitucionais.<sup>41</sup>

Não há a possibilidade de se agravar a pena do acusado utilizando a fundamentação de lei consuetudinária, não podendo se utilizar de costumes para

---

<sup>39</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.23-24

<sup>40</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.23-24

<sup>41</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro.11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.70



agravar a pena. Por outro lado, o direito costumeiro não está totalmente abolido ou afastado do direito penal, podendo ser utilizado para a elucidação de alguns conteúdos como a exclusão da ilicitude ou atenuação da pena ou da culpa. É utilizada como fonte da lei penal. Neste caso, não fere o princípio da legalidade pelo simples fato de não piorar a situação do agente, e sim apenas como forma de melhorar a sua situação.<sup>42</sup>

Como regra geral, crimes e penas devem ser aplicadas apenas por leis conforme as regras constitucionais. A reserva legal possui duas vertentes a reserva absoluta e a reserva relativa. A ideia de reserva absoluta, são os procedimentos legislativos que possuem autonomia de discutir e criar crimes e penas, com o intuito de garantir os direitos e interesses dos indivíduos, além da segurança pública, devendo ser disciplinada de forma direta. Já a ideia da reserva relativa, tem o pensamento diferente, o poder legislativo não opera nos assuntos penais de forma absoluta, devendo este, apenas estabelecer estruturas gerais e diretrizes a serem cumpridas, podendo disciplinar algumas matérias por outras fontes normativas. É exatamente o que ocorre nas normas penais em branco, existindo a base normativa havendo a necessidade de ser disciplinadas por outras fontes normativas, porém, os complementos à norma penal em branco devem observar o princípio da legalidade.<sup>43</sup>

Os costumes podem ser utilizados como fonte do direito, devendo ser analisados os requisitos do reconhecimento geral e a vontade da sociedade para utilizá-lo como direito costumeiro.<sup>44</sup>

*Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* é a exclusão da admissibilidade da analogia, é a impossibilidade de utilizar a analogia para fundamentar ou agravar as penas. Tem a função de substituir as lacunas encontradas na lei. No direito penal, a analogia para fundamentar ou agravar a pena é proibido por não haver norma legal específica para a aplicação, não podendo ser aplicado apenas por semelhança.<sup>45</sup>

Nilo Batista define a analogia da seguinte forma:

Chama-se analogia o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular a outra enunciação singular (tendo, pois, caráter de uma

<sup>42</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.25

<sup>43</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.73-74

<sup>44</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.26

<sup>45</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.26

indução imperfeita ou parcial), inferindo a segunda em virtude de sua semelhança com a primeira.<sup>46</sup>

Nilo continua ao dizer a forma em que se aplica a analogia quando diz:

No direito, teríamos analogia quando o jurista atribuísse a um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal as regras previstas para um caso semelhante.<sup>47</sup>

Porém, no direito penal temos duas espécies de analogia, a *analogia in malam partem* e a *analogia in bonam partem*, a primeira analogia tem a função de agravar a situação do acusado em hipóteses que não está prevista em lei, apenas com a semelhança, já a segunda espécie de analogia aplica-se para beneficiar o acusado no sentido de não aplicação da norma ou a diminuição da pena.<sup>48</sup>

A utilização da *analogia in bonam partem* é admitida pelo sistema penal com fundamento no princípio da equidade, porém o sistema penal não admite a utilização da *analogia in malam partem* pelo fato de ter a função de piorar a situação do acusado com fundamento de não haver uma lei prévia que o defina como crime.<sup>49</sup>

Já a interpretação extensiva ou analógica é permitida pelo sistema penal e pelo Supremo Tribunal Federal sem nenhuma restrição. A interpretação analógica consiste na ampliação da lei para alcançar fatos aplicados pela lei, contudo, a lei diz menos do que deveria, ou seja, o legislador não esgota todas as hipóteses daquela lei, a lei ao dizer que o réu tem liberdade provisória, isto estende-se também ao indiciado, podemos ver que houve apenas uma interpretação extensiva, não muda o tipo penal e não se aplica a caso diverso apenas questões gramaticais.<sup>50</sup>

E por fim a *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* se preocupa com a clareza e o entendimento da lei. Nilo Batista define como “proibir incriminações vagas indeterminadas”.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.74

<sup>47</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.74

<sup>48</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.27

<sup>49</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.27

<sup>50</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.27-28

<sup>51</sup> BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág.77

O entendimento tem que ser correto, sem normas incriminadoras vazias e de forma genérica, as normas não podem ser gerais. O outro sentido é com relação a clareza e a intenção da norma ser de fácil entendimento, devendo ser de acesso a todos os cidadãos e não apenas ao meio jurídico.<sup>52</sup>

Princípio da legalidade deriva diversos outros princípios, mas é importante também falarmos do princípio da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima deriva do princípio da legalidade, impondo ao juiz limites ao seu arbítrio judicial. Visando evitar uma legislação inadequada e injusta, além de restringir e eliminar o arbítrio do legislador.<sup>53</sup>

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi enfática em seu artigo 8º, o qual determina que as leis devem estabelecer penas estrita e necessárias, colocando uma limitação ao poder de criação das leis. Surgindo então o princípio da necessidade ou da intervenção mínima, nele limita o poder de criar leis necessárias e que proteja determinado bem jurídico.<sup>54</sup>

O grande fundamento para o Estado Democrático de direito que foi consagrado na constituição vigente é a dignidade da pessoa humana, que tem como base para os demais direitos, entre eles os direitos do Art.5º, que são considerados invioláveis, o direito à liberdade, à vida, à segurança, à igualdade é a propriedade.<sup>55</sup>

Bittencourt defende a imposição arbitrária do juiz, ao alegar que a aplicação da lei penal deve ser a *ultima ratio*, ou seja, deve o juiz aplicar a lei penal apenas quando o delito não estiver previsto em outras normas, na civil ou administrativa, não sendo recomendável a aplicação da criminalização.<sup>56</sup>

Entende-se que quanto maior é a criação de normas incriminadoras, maior é a decadência do sistema penal. O princípio da intervenção mínima nasceu com o movimento iluminista. A partir da segunda década do século XIX, começou um crescimento desenfreado das normas incriminadoras. Com isso gera outros problemas para o sistema, que com o crescimento demasiado dos tipos penais incriminadores, gera uma sobrecarga aos Tribunais, incorrendo então no

---

<sup>52</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.29

<sup>53</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003. Pág. 38

<sup>54</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003. Pág. 39

<sup>55</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003. Pág. 40

<sup>56</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 222

retardamento dos julgamentos. Tornando a manutenção da justiça um sistema caro e lento.<sup>57</sup>

### 1.3.2 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade ou da responsabilidade subjetiva, é consagrado em diversas constituições.

Nos primórdios das civilizações já havia a ideia do princípio da culpabilidade, porém possuía um caráter objetivo, não se analisando a intenção do agente ao praticar o ato ilícito, não havendo nestes casos a análise do resultado adquirido do ato era a vontade do agente ou não, bastando apenas a prática do autor do delito.<sup>58</sup>

O entendimento deste princípio em seu principal sentido é que “não há crime sem culpabilidade”, o Direito Penal em seus primórdios utilizava-se pela produção do resultado. No Direito Penal contemporâneo a responsabilidade objetiva já está praticamente desraigada, passando a entender o princípio da culpabilidade como *nullum crimen sine culpa*.<sup>59</sup>

Começaram a perceber a responsabilidade subjetiva no Direito Penal no fim da idade média, no direito germânico, porém alguns autores defendem que há resquícios dessa responsabilidade já na monarquia francesa no século VIII, nas Ordenações Branbigensis.<sup>60</sup>

Já em Roma em seus primórdios já estava presente o caráter subjetivo da lei, em que no século IX A.C. já era evidente sob duas perspectivas. A primeira era com relação a intenção do agente em praticar homicídio, se assim o fizesse era punido com pena de morte. Porém na segunda hipótese se cometesse o crime de forma imprudente, a pena estabelecida era a compensação com um carneiro a família da vítima.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003. Pág. 41-42

<sup>58</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003. Pág. 32

<sup>59</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 63

<sup>60</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003. Pág. 32

<sup>61</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003. Pág. 33

A lei das XII Tábuas traz em seu texto vários delitos em que havia a exigência do dolo. Os romanos distinguiram o dolo em duas vertentes o *dollus bonus* e o *dollus malus*. O *dollus bonus* era entendido a prática de um delito para enganar um ladrão afim de se defender, já o *dollus mallus* era a prática do delito que tinha como intuito de enganar, maquirar com o fim de prejudicar. Além desses critérios subjetivos, o direito romano também já trazia em seu direito a imputabilidade que retiravam a responsabilidade dos atos praticados dos insanos e dos menores.<sup>62</sup>

Na Idade Média o direito canônico e o direito comum tinham a exigência da presença do dolo e da culpa, instituindo a imprudência e a negligência. Porém essa ideia de utilizar a responsabilidade subjetiva do dolo e da culpa teve maior força com os pós- glosadores e os práticos italianos no fim da Idade Média.<sup>63</sup>

No século XIX, tinha o entendimento de que o agente era o responsável pelo ato criminoso. Mas a partir da segunda década do século XIX, começou a se analisar o direito utilizando a culpabilidade.<sup>64</sup>

Luisi aponta que desde a Carta Magna, o Brasil já havia adotado a utilização do conceito da culpabilidade como norma constitucional. Ele alega que a nossa ordem jurídica consagrou no seu inciso XVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado em sentença penal condenatória”, antes de declarar a condenação de um agente é necessário que esteja presente a culpabilidade do autor com relação ao fato ilícito. A Constituição Federal de 1988, além de manter tal norma, ainda acrescentou que além da culpabilidade é necessário a aplicação da individualização da pena, sendo de fundamental importância para a culpabilidade.<sup>65</sup>

A culpabilidade é entendida primeiramente como um juízo de valor, permitindo a aplicação de uma pena ao indivíduo que praticou um fato ilícito e antijurídico. Porém para que ocorra é necessário analisar os requisitos da *capacidade de culpabilidade*, a *consciência da ilicitude* e a *exigibilidade da conduta*. Incorrendo a ausência de quaisquer requisitos não será possível a aplicação da sanção penal. Outro requisito que merece ser observado, é com a relação à aplicação da pena,

---

<sup>62</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003. Pág. 33-34

<sup>63</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003. Pág. 34-35

<sup>64</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003. Pág. 36

<sup>65</sup> LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003. Pág. 37

utilizando a culpabilidade como parâmetro na aplicação da pena, não como fundamento da pena, mas como limite para a sua aplicação observando a gravidade do ato. E o terceiro e último requisito é o afastamento da responsabilidade penal objetiva, devendo analisar a culpabilidade com o intuito da culpa e do dolo.<sup>66</sup>

O princípio da culpabilidade é uma garantia fundamental dentro do processo de atribuição da responsabilidade penal, ao aplicar a pena não deve o juiz observar somente a culpabilidade, devendo analisar outros fatores inerentes a conduta para a cominação da pena, devendo o princípio da culpabilidade ser analisado como base para a aplicação da pena.<sup>67</sup>

### 1.3.3 Lei Penal no Tempo

Os princípios intertemporais têm a função de preservação do princípio da legalidade e anterioridade da lei, em que visa à aplicação da lei vigente no momento do fato, conforme podemos observar no Art.5, XL “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” e os Arts. 2º e 3º do Código Penal.<sup>68</sup>

Se o fato tiver sido cometido na vigência da lei anterior, teremos algumas exceções à regra, como Francisco Toledo pondera em suas palavras nas seguintes situações:

A lei posterior apresenta-se mais severa em comparação com a lei anterior (*Lex gravior*); A lei posterior aboliu o crime, tornando o fato impune (*abolitio criminis*); A lei posterior é mais benigna no tocante à pena ou à medida de segurança (*Lex mitior*); A lei posterior contém alguns preceitos mais severos e outros mais benignos, em determinados aspectos.<sup>69</sup>

Fica evidente em suas palavras que se a lei posterior ao fato for prejudicial ao agente, não se aplicará a legislação nova vigente, mas se a legislação posterior ao fato for benéfica ou abolir o crime que foi praticado pelo agente, neste caso, aplica-se a lei posterior, pois ela beneficia o réu.

<sup>66</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 64

<sup>67</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 65

<sup>68</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.30

<sup>69</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.30

Para a aplicação da lei penal no tempo, é necessário observar o momento em que foi praticado o crime, deve ser observado o tempo do crime, além de se verificar as hipóteses de solução de conflitos, os quais são *novatio legis incriminadora*, *abolitio criminis*, *novatio legis in pejus* e *novatio legis in melius*.<sup>70</sup>

O primeiro critério em que devemos observar antes de verificarmos a solução de conflitos é com relação ao tempo do crime, o momento que o crime foi praticado.<sup>71</sup>

É Considerado o tempo do crime, o primeiro ato praticado conforme o Art. 4º do Código Penal que diz “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

Francisco Toledo elucida muito bem essa regra aplicada pelo Art. 4º do Código Penal ao dizer que:

Se a ação era lícita, no momento de sua realização, mas já não o era, no momento do resultado (delitos à distância, nos quais um é o momento da ação, outro é o do resultado), não haverá punição possível [...].<sup>72</sup>

Segundo Bettiol (Diritto penale, p.146-47) conforme citado por Toledo (1994, p.32) diz “é no momento da ação que o imperativo da norma pode atuar como motivo no processo psicológico da própria ação”.

O tempo do crime é de extrema importância para que não haja problemas com relação a aplicação da lei penal além da sua devida aplicação. Mirabete e Fabbrini citam alguns exemplos em que o tempo do crime faz total diferença na aplicação da lei, eles explicitam algumas situações que devem ser observados:

Se foi cometido durante a vigência da lei anterior ou posterior; os casos de imputabilidade, se o agente ao tempo do crime era imputável ou não; da anistia, que é concedida geralmente a crimes praticados até determinada data; da prescrição, data que se começa a contar o prazo, entre outros casos.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 43

<sup>71</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.30

<sup>72</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.32

<sup>73</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 54

Fabbrini e Mirabete citam três teorias em que se determina o tempo do crime, a teoria da atividade, a teoria do resultado e a teoria mista. A teoria da atividade considera o momento do crime quando se pratica a conduta, ou seja, o exato momento da conduta sendo ação ou a omissão. Já a teoria do resultado pouco importa o momento em que foi praticado o crime, este considerado crime apenas no momento da consumação. Já a teoria mista defende o tempo do crime, tanto na teoria da atividade quanto a do resultado, o tempo do crime é o momento da conduta praticada ou a prática do resultado.<sup>74</sup>

Mas podemos observar alguns casos que foge um pouco da regra do Art. 4º do Código Penal, são aqueles em que a ação ou omissão continuam sendo praticados na vigência da lei anterior e ultrapassa para a nova lei vigente, são as hipóteses dos crimes permanentes e os crimes continuados.

No caso de crimes permanentes, caso o crime ocorra na vigência de uma lei e o ato delitivo ainda assim continua produzindo seus efeitos na vigência de uma nova lei, conforme a regra, neste caso deve sofrer os efeitos desta nova lei vigente, pois a conduta ilícita ainda perdura. Já nos crimes continuados se a nova legislação vigente prevê que àquela conduta passa a se considerar crime, só poderá aplicar a nova legislação aos fatos ocorridos na vigência desta lei, não podendo retroagir aos fatos anteriores. Mas se o crime já era punível na legislação anterior e a nova legislação apenas agrava a pena, neste caso pode-se aplicar a nova legislação em toda a série delitiva, pois no crime continuado não se debruça sobre o momento da ação, mas em toda a conduta delitiva do início ao fim.<sup>75</sup>

Outra questão importante com relação ao tempo do crime é com relação a prescrição e a decadência. A prescrição começará a contar a partir do momento em que o crime foi consumado ou caso o crime seja permanente no momento em que cessou a permanência. Já a decadência, o prazo é contado a partir do momento em que o ofendido sabe quem é o autor do fato.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 54

<sup>75</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.32-33

<sup>76</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 54



Após esta análise do momento do crime, podemos nos debruçar a falar um pouco das quatro soluções de conflitos que são: *novatio legis* incriminadora, *abolitio criminis*, *novatio legis in pejus* e *novatio legis in melius*.

A irretroatividade absoluta ou *Novatio legis incriminadora* é a impossibilidade de aplicação das penas mais graves aos fatos ocorridos antes da vigência da lei, sob o fundamento da proibição da retroatividade das normas prejudiciais de Direito Penal material. Toda a norma que visa prejudicar, agravar a pena ou incriminar uma conduta que antes não era considerada crime, a lei não retroagirá devendo ser aplicada a lei vigente da data do fato delituoso.<sup>77</sup>

Neste caso, estamos diante de condutas praticadas anteriores à lei, condutas que anteriormente à lei não eram consideradas como crime, e com a vigência da nova lei passou a se considerar estas condutas ilícitas. Porém, esta nova norma não poderá retroagir e alcançar os fatos ocorridos antes da vigência da lei por força do princípio da anterioridade da lei penal, prevista na Constituição de 1988, Art.5º, XXXIX e do art.1º do Código Penal.<sup>78</sup>

Já o *abolitio criminis* é quando há uma conduta ilícita no código anterior, e a nova legislação não o considera como conduta ilícita neste caso, estamos diante de uma hipótese de descriminação. Sendo beneficiado todos os processos em curso, inclusive os processos com trânsito em julgado, extinguindo a punibilidade do agente. Naqueles processos pendentes o juiz ou tribunal poderá declarar a qualquer tempo de ofício.<sup>79</sup>

O princípio da retroatividade se aplica a lei que for mais benéfica. Isso ocorre pelo simples fato de não haver por parte do Estado o interesse de punir, considerando a nova lei perfeita com relação à anterior, neste caso esta lei irá retroagir e alcançar os crimes anteriores a lei.<sup>80</sup>

O *abolitio criminis* também alcançará os crimes julgados, inclusive os que estão ou já tiveram a execução da sentença condenatória, incorrendo assim na extinção da punibilidade conforme artigo 107, III do Código Penal. Sendo o condenado liberado do cumprimento da pena, tendo a sua condição de réu primário, e não sendo

---

<sup>77</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.32

<sup>78</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 43

<sup>79</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.34

<sup>80</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 44

submetido ao livramento condicional ou sursis além de cessar à medida de segurança.<sup>81</sup>

Não pode instituir *abolitio* crimes pela via da medida provisória, pois medida provisória não pode ser delegada em matéria penal.<sup>82</sup>

Porém, ao ser instituído ao caso o *abolitio* crimes e houver crimes civis, não cessará às obrigações civis, pois o *abolitio* não tem efeitos de ilícito civil, não abrangendo matérias civis ou processual civil.<sup>83</sup>

O *novatio legis in pejus* tem relação com lei nova vigente, a qual é mais severa que a anterior, neste caso a lei não irá retroagir pelo princípio da irretroatividade da lei, conforme o artigo 5º, XL da Constituição Federal “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, a lei nova mantém a definição do crime, porém aumentada as consequências do crime como pena mais grave, qualificadoras, agravantes, exclusão de atenuantes, entre outros. As situações que agravam ao agente não podem ser aplicadas apenas aos casos em que lhe beneficie.<sup>84</sup>

*Novatio Legis in melius* ocorre quando há sucessão de leis penais no tempo, o crime praticado na lei anterior poderá ser abrangido tanto pela lei anterior quanto pela nova lei. A sua aplicação irá depender dos termos da lei, se a lei anterior for mais benéfica ao acusado, se aplicará a lei anterior, porém se a nova lei vigente for mais benéfica, se aplicará a nova lei vigente.<sup>85</sup>

Podemos perceber que a lei mais benéfica para o agente sempre será a aplicada independentemente se a conduta ilícita tenha sido praticada antes da lei vigente, ou seja, a lei mais benéfica ao caso será sempre aplicada. Não podendo aplicar pena para piorar a situação do agente. Como diz Toledo “A lei cuja aplicação produzir resultado final mais favorável para o agente é a que deve ser aplicada”.<sup>86</sup>

A lei se refutará da pena mais benéfica nas seguintes situações: quando a pena for mais branda tanto a aplicação da dosimetria ou na execução, forem criadas

---

<sup>81</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 44

<sup>82</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 44

<sup>83</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 44

<sup>84</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 44-45

<sup>85</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág. 34

<sup>86</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.35

situações atenuantes, quando houver extinção de agravantes, causas de aumento e qualificadoras, estabelecer causas de extinção da punibilidade, extinção de medidas de segurança, penas acessórias ou efeitos de condenação, além da ampliação de hipóteses de inimputabilidade, atipicidade, exclusão de ilicitude ou culpabilidade e ainda a isenção da pena.<sup>87</sup>

Toda forma de beneficiar o réu deverá ser aplicada. Nunca utilizando a situação mais gravosa para piorar a situação do réu.

O artigo 2º, parágrafo único do Código Penal, traz em seu dispositivo a aplicação do *Novatio legis in mellius*, que diz: “ A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”, o dispositivo traz consigo que uma lei nova irá retroagir a fatos anteriores a lei sempre em benefício do réu, seja esse benefício em penas menos rigorosas na qualidade ou quantidade da pena, reconhecimento de atenuantes, eliminação de agravantes, aplicação de suspensão condicional, extinção da punibilidade, redução dos requisitos para aplicar a concessão de benefícios, além da possibilidade da substituição privativa de liberdade por restritiva de direitos, entre outros. Com isso, sempre deve se observar qual a lei que benéfica ao réu no momento do crime, se é a lei vigente do momento do crime deve-se aplicar a lei anterior, porém se a lei vigente for mais benéfica ao réu deve-se aplicar a lei nova, não havendo qualquer limitação para a aplicação da lei melhor.<sup>88</sup>

Podemos notar que a Constituição Federal de 1988 traz essa possibilidade no art. 5º, XL que diz: “ a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, podemos perceber que a Constituição Federal diz que a lei deverá retroagir apenas para beneficiar o réu, porém não podemos ficar presos a terminologia “réu”, pois em sentido estrito a terminologia réu, são utilizadas para aqueles que estão em um processo penal condenatório, mas devemos utilizar de uma interpretação além, pois além do processo condenatório, é aplicável aos condenados em fase de execução da pena ou submetidos a medidas de segurança, em que se entende que seja a última etapa do processo condenatório.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.36

<sup>88</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 47

<sup>89</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 47

Outro fator de extrema importância com relação aos princípios da lei penal no tempo é que o princípio da anterioridade se aplica apenas ao crime e a pena, apenas ao direito material. Esse princípio não impede a aplicação com relação ao direito processual e na execução conforme está previsto no Código de Processo Penal no Art. 2º que diz: “A lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior” e o Art.3º: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. A função da lei processual penal e a execução e a aplicação da norma material devendo o direito processual se preocupar apenas com os atos processuais, não se debruçando nos atos delitivos que é de esfera material.<sup>90</sup>

Os atos processuais devem ser aplicados conforme a lei vigente, mas nada impede a aplicação das normas processuais a atos que foram praticados antes de sua vigência, pois a sua aplicação é imediata. A sua retroatividade só se aplicaria em casos em que a lei nova modificasse ou invalidasse atos processuais anteriores.<sup>91</sup>

Porém deve se observar as exceções à regra do Art.2º do Código de Processual Penal com relação a aplicação imediata, a qual pode ser com relação a disposições transitórias instituídas pelo legislador, pelos princípios estabelecidos pela jurisprudência, pela repercussão de julgados de recursos ou com procedimentos aplicáveis a recursos interpostos na vigência de lei anterior.<sup>92</sup>

#### **1.4 Seletividade do Direito**

Na sociedade existem condutas, ações e comportamentos que implicam em conflitos que se resolvem de maneira institucionalizadas, porém tratadas de maneiras diferentes, no qual podemos perfeitamente atribuir como seletividade da lei. Um grande exemplo que podemos perfeitamente observar a ocorrência da seletividade da lei são as condutas praticadas por agentes do Estado que não cooperaram para a paz e realizaram ações preparatórias de guerra, podemos verificar que as maiores barbaridades e crimes não foram praticados por criminosos ou delinquentes, mas por instituições do próprio Estado. Mas o que chama a atenção, é o fato de não haver criminalização por esses atos. Em contrapartida é perceptível

---

<sup>90</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.39

<sup>91</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.40

<sup>92</sup> FRANCISCO DE ASSIS. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág.40

verificar a ocorrência de prisões e condenações realizadas em periferias e povoados pobres, sendo as prisões povoadas por maioria pobre. Havendo nestes casos, uma seleção de pessoas julgando-as como "delinquentes".<sup>93</sup>

Porém não devemos analisar este panorama apenas as condutas praticadas pelo Estado, sendo condutas enraizadas na sociedade que incriminam indivíduos que realizam atos insignificantes, como o furto de uma lata de manteiga ou de uma lata de leite, todavia este mesmo indivíduo que condena tais atos em algum momento da vida já infringiu as normas, é não devolveram um livro, apropriou-se de um objeto perdido.<sup>94</sup>

O sistema de criminalização e descriminalização deve operar de maneira simultânea, visando a renovação do direito penal. A descriminalização deve se operar com a intenção de descongestionar o sistema, excluindo os delitos menores. Por outro lado, a criminalização, deve criminalizar as nocivas condutas ilícitas praticadas por grupos privilegiados, devendo estar presente à proteção da ordem pública.<sup>95</sup>

O legitimado para reprimir e controlar a conduta da sociedade é o Estado, sendo o responsável a partir de suas instituições oficiais a realizar o controle social, utilizando a legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias. Analisando o comportamento da sociedade, de modo a reprovar as condutas que não estão de acordo com a legislação, condenando as condutas incompatíveis, de forma a valorizar as normas sociais.<sup>96</sup>

É evidente que a estrutura social não é igual para todos os membros da sociedade, não havendo um comportamento idêntico com relação a valores e normas, sendo observado, nestes casos a posição que se encontra o indivíduo na sociedade. Com isso se cria uma preocupação com a estrutura social e os valores culturais, obtendo diversas respostas na sociedade, podendo ser de concordância ou não, indivíduos conformistas ou desviantes. A adequação individual com relação aos fins culturais e os meios institucionais se distinguem. São tratados simultaneamente ou

---

<sup>93</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 59- 60

<sup>94</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 60

<sup>95</sup> CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Pág. 162

<sup>96</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002. Pag. 42

separadamente, a partir dessa perspectiva se têm na adequação individual cinco modelos: a conformidade, inovação, ritualismo, apatia e a rebelião.<sup>97</sup>

O típico comportamento criminoso pode ser observado conforme o modelo da inovação, tendo como parâmetro o comportamento que foge da finalidade cultural além dos meios institucionais. Determinados delitos obtêm reações normais por uma parcela de indivíduos, o qual tem uma cultura diferente com relação aos acessos econômicos, essas parcelas de indivíduos encontram dificuldades de acesso nas estruturas econômicas superiores, tendo as classes inferiores o seu acesso negado.<sup>98</sup>

Alessandro Baratta enfatiza os tipos de criminalidade, utilizando em suas palavras a diferença de tratamentos, enfatiza a expressão criminalidade e criminalidade oculta. Atribui a criminalidade oculta aqueles que possuem um privilégio econômico maior além de posições sociais de prestígio. Os operadores da lei, no momento de elaboração destas leis já as realizavam com o intuito de beneficiar estas classes de “criminalidade oculta”. Ensejando assim, o controle efetivo da lei às classes “delinquentes” atribuído aos “pobres” onde se têm bons resultados com relação ao controle.<sup>99</sup>

Temos em nosso sistema diversas formas para se resolver um conflito, podendo ser pela via punitiva, reparatória, terapêutica e conciliatória. Por outro lado, os conflitos aparecem e desaparecem em uma sociedade, e quando estes conflitos persistem em permanecer na sociedade são utilizadas medidas diversificadas para a resolução. É evidente que os conflitos são resolvidos pela via punitiva, tendo um efeito negativo, incorrendo a sua aplicação na exclusão de outras condutas.<sup>100</sup>

A via punitiva institucionalizada é utilizada em atos graves, ou seja, atos que uma sociedade considera reprovável, porém nem todos que praticam tais atos são submetidos a via punitiva, sendo utilizada em uma minoria devidamente selecionada, sendo assim, aplicada aos indivíduos carentes da população. A outra parte selecionada do sistema resolve-se através de outros meios institucionais,

---

<sup>97</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002. Pag. 63-64

<sup>98</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002. Pag. 64-65

<sup>99</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002. Pag. 66

<sup>100</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág 61

utilizando as técnicas da conciliação, reparação ou terapia, soluções quase não utilizadas, principalmente nas parcelas carentes. Mas é evidente que quando se utiliza a via punitiva se excluem as demais formas de resolução de conflito.<sup>101</sup>

A seletividade da lei visa a partir do delito praticado, a aplicação da punição impondo a um grupo a solução punitiva, e a outro grupo uma solução alternativa, não sendo observado as violações cometidas, mas o tipo de grupo social que pertence. Se pertence ao grupo da periferia já se faz o juiz de valor que seja “delinquente” é merece todo o rigor da lei. Ou seja, exclui na aplicação da pena a realidade social individualizada.<sup>102</sup>

A lei quando traz uma proibição não se deve apenas se preocupar em inclui-la no ordenamento, deve se verificar se será possível a lei entrar em vigor. Ou seja, quando a lei atingir a todas as classes de infratores, não apenas a parcela desta.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág 61 -62

<sup>102</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág 62

<sup>103</sup> CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. Pág. 162

## 2. AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

### 2.1 Aspectos históricos

Com a reforma do sistema penal passou a perceber que as penas privativas de liberdade não estavam sendo eficazes ao ponto que se imaginava, com isso a partir do pensamento de Von Liszt começou uma mobilização para substituir as penas privativas de liberdade curtas por penas que fossem adequadas.<sup>104</sup>

As primeiras penas alternativas surgiram na Rússia em 1926, uma das primeiras penas prevista foi a prestação de serviço à comunidade presente no Código Penal Soviético. Anos depois, em 1960, o Direito Penal Russo introduziu outra pena alternativa, a pena de trabalhos correcionais, onde não tinha como escopo, a privação da liberdade do apenado, devendo cumprir a pena na jurisdição do seu domicílio, sendo observado o seu cumprimento pelo órgão da execução da pena.<sup>105</sup>

Mais tarde as penas restritivas de direito se espalharam pela Europa, chegando na Inglaterra em 1948, onde implementou através da Criminal Justice Act, a prisão de fim de semana, sendo adotado mais tarde pela Alemanha em 1953, que introduziu apenas para os menores infratores. Em seguida foi a vez da Bélgica em 1963, que incluiu o aresto de fim de semana apenas para os crimes com pena inferior a um mês. E posteriormente foi o principado de Mônaco a adotar as detenções semanais.<sup>106</sup>

Nessa época um dos grandes sistemas que foi bem-sucedido foi o da Inglaterra, com o exemplo do trabalho comunitário em que era exercido pelos apenados, sendo implementado com a Criminal Justice Act de 1972, e sendo reformada em 1982, contudo a reforma diminuiu a idade penal para dezesseis anos para que também pudesse ser aplicada a estes infratores. A Inglaterra influenciou diversos outros países, os quais passaram a adequar o seu sistema de acordo com a sua realidade. Dos países influenciados, temos como exemplo: a Austrália (1972),

---

<sup>104</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.73

<sup>105</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág. 74

<sup>106</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág. 74



Luxemburgo (1976), Canadá (1977), Dinamarca (1982), e o Brasil que adotou com a reforma da parte geral em 1984.<sup>107</sup>

Já Alemanha fez uma grande revolução em seu projeto alternativo de 1966, o qual deu base para a sua reforma em 1975, porém a Alemanha foi muito cautelosa em inserir em seu ordenamento as penas alternativas, sendo instituídas apenas a *suspensão condicional da pena, admoestação com reserva de pena, dispensa de pena, declaração de impunidade e o livramento condicional*, além da multa. Não instituindo outras modalidades modernas daquela época como a limitação do final de semana ou a prestação de serviço de interesse social, visando a aplicação do aresto do tempo livre apenas aos jovens, essa aplicação ocorria no tempo livre do jovem.<sup>108</sup>

No Brasil, as penas restritivas de Direito são recentes no ordenamento jurídico. Houve então a necessidade de reformular o sistema penal, ao notar que as penas privativas de liberdade não tinham a eficiência que se esperava, passou-se a pensar em um sistema para substituir o sistema privativo de liberdade, por penas adequadas e eficazes.<sup>109</sup>

Após a reforma da parte geral do Código Penal de 1940, a lei 7.209/84 inseriu os artigos 43 ao 48 do Código Penal, a possibilidade de aplicação das penas alternativas ou substitutivas e suas regras de aplicação.<sup>110</sup>

Podemos observar nos artigos 43 e 44 introduzidos com a reforma da parte geral do Código Penal em que introduziu as penas restritivas de direitos.

Art. 43 - As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação de serviços à comunidade;
- II - Interdição temporária de direitos;
- III - limitação de fim de semana.

Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- I - aplicada pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposos;
- II - o réu não for reincidente;
- III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

<sup>107</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág. 74

<sup>108</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág. 74-75

<sup>109</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 652

<sup>110</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.381

Parágrafo único - Nos crimes culposos, a pena privativa de liberdade aplicada, igual ou superior a um ano, pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, exequíveis simultaneamente.

É evidente quanto a reforma, houve uma grande evolução do nosso sistema penal, o qual tentava contornar as duvidosas eficácias das penas privativas de liberdade e que posteriormente também foi recepcionada pela nossa Constituição Federal de 1988.

Após a Constituição Federal de 1988, houve uma nova reforma com relação as penas restritivas de direito. A lei 9.714 de 25 de novembro de 1998, manteve as penas que já existia no Código Penal acrescentando outras espécies de penas restritivas de direito<sup>111</sup> como podemos observar abaixo:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
- II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)
- III – (Vetado)
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Com isso temos cinco espécies de penas restritivas de direitos elencadas no Código Penal.

## 2.2 Aplicação das Penas Restritivas de Direito

A pena privativa de liberdade não cumpre com o objetivo de reeducar o apenado de sua conduta delitiva, têm o efeito reverso, perdendo a sua finalidade de introduzi-lo novamente na sociedade, mas corrompendo cada vez mais com o sistema carcerário precário.<sup>112</sup>

As penas restritivas de direitos vieram de pensamentos modernos ao verificarem que não havia a necessidade de aplicar penas severas de privação da liberdade em crimes com menor potencial ofensivo. Com isso as penas restritivas de

<sup>111</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança. 5. Ed.rev., atual. E ampl.- Belo Horizonte: Del Rey.2001. Pág 149

<sup>112</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança. 5. Ed.rev., atual. E ampl.- Belo Horizonte: Del Rey.2001. Pág 148

direito, têm a intenção de punir o autor de crimes de menor potencial ofensivo, aplicando a eles as penas alternativas que não seja a de encarceramento.<sup>113</sup>

O nosso Código Penal prevê que a aplicação das penas restritivas de direito fica a critério do juiz, sendo o responsável a impor a aplicação da pena ao apenado, devendo analisar a personalidade, pena adequada ao indivíduo. Após essa análise verifica a possibilidade de aplicação da pena alternativa.<sup>114</sup>

As penas restritivas de direito não devem ser cumuladas com as penas privativas de liberdade por serem penas autônomas e não acessórias. Devendo o juiz aplicar a pena privativa de liberdade e posteriormente analisar a possibilidade de conversão da pena em pena alternativa.<sup>115</sup>

Após a análise da pena de prisão aplicável ao apenado, a pena não for superior a quatro anos, deverá então o juiz aplicar a pena alternativa, caso não seja possível a aplicação da substituição da pena alternativa, o juiz deverá analisar outras possibilidades que nosso Código Penal traz como, por exemplo, a suspensão condicional da pena. O juiz ao se deparar com crimes de menor potencial ofensivo deve sempre buscar penas que não seja a privação da liberdade, com o intuito de recuperar o apenado, além de buscar uma pena efetiva.<sup>116</sup>

Deve-se verificar um ponto de extrema relevância para a aplicação das penas restritivas de direito, ao substituir a pena a duração da pena alternativa deve ser a mesma aplicada ao estabelecer a pena privativa de liberdade, conforme podemos analisar no art. 55 do Código Penal.<sup>117</sup>

### **2.3 As espécies de Pena Restritiva de Direitos constante no Código Penal**

O nosso código penal a partir da Lei 9.714/1988 estendeu o rol de penas alternativas introduzidas com a Lei 7.209/84 que reformou a parte geral do código penal. Hoje a partir dessas reformas temos em nosso ordenamento cinco espécies de

---

<sup>113</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança. 5. Ed.rev., atual. E ampl.- Belo Horizonte: Del Rey.2001. Pág 148

<sup>114</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 656

<sup>115</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.375

<sup>116</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 656

<sup>117</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 657

penas alternativas que são prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação do final de semana. Vamos analisar cada pena alternativa constante no Código Penal.

### **2.3.1 Prestação pecuniária**

A prestação pecuniária visa a reparação do dano causado pela infração penal a vítima<sup>118</sup>, como bem define o Código Penal:

Art.45 §1º- A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

O montante da condenação em regra será sempre destinado a vítima ou seus dependentes, suportando apenas duas exceções a essa regra, sendo os casos de não haver dano a ser reparado, em que a vítima não tiver tido dano ou os casos que não houver vítima ou não se conhecer seus dependentes. Caso não haja vítimas ou dependentes da vítima, ou não há dano para ser reparado. Somente nessas duas hipóteses o valor indenizatório se destinara a entidade pública ou privada com destinação social.<sup>119</sup>

### **2.3.2 Perda de bens e valores**

Outra pena que foi inserida pela lei 9.714/98 e a perda de bens e valores que pertença ao condenado, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, tendo como parâmetro o prejuízo causado pela infração penal ou o proveito obtido pelo agente ou por terceiro.<sup>120</sup> Estabelecido no Código Penal que diz:

---

<sup>118</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 670

<sup>119</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 670

<sup>120</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 672

art. 45 §3º- A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Na verdade, a pena de perda de bens e valores se assemelha com uma pena de confisco. O Código Penal de 1940 e a Constituição de 1969 o proibia, a Constituição Federal de 1988 nada diz a respeito passando a ser inserida com a lei 9.714/98.<sup>121</sup>

O confisco destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional, caso não haja dano ou não tenha vítimas, dependentes ou terceiro de boa-fé, ou caso seja indenizado todos estes e ainda sobre recursos, neste caso será destinado ao Fundo.<sup>122</sup>

Há diferença entre prestação pecuniária e a perda de bens e valores, na primeira tem caráter indenizatório e o segundo destina-se ao fundo. O confisco tem duas distinções uma com relação ao confisco-pena sendo destinado ao Fundo Penitenciário Nacional estando correlacionado com o confisco do patrimônio do apenado, já o confisco efeito de condenação destina-se a União não tendo efeito de tributo e está correlacionado com os instrumentos e produtos do crime.<sup>123</sup>

O juiz terá como base na aplicação da perda de bens e valores os prejuízos causados ou os lucros que tiver ganhado da prática delituosa.<sup>124</sup> Que tem como principal objetivo impedir a prática delituosa do apenado ou que venha a lhe proporcionar vantagem sobre a prática.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 672

<sup>122</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança. 5. Ed.rev., atual. E ampl.- Belo Horizonte: Del Rey.2001. Pág 151

<sup>123</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 673

<sup>124</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança. 5. Ed.rev., atual. E ampl.- Belo Horizonte: Del Rey.2001. Pág 151

<sup>125</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.383

### 2.3.3 Prestação de serviço à comunidade

O Código Penal a partir da reforma da parte geral em 1984 introduziu em seu sistema a prestação de serviços à comunidade.

As prestações de serviços à comunidade devem observar o direito fundamental estabelecido no art.5º, XLIX da Constituição Federal “É assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral”. A prestação de serviço à comunidade deve ser aplicável aos casos de condenação com pena maior que seis meses, sendo prestações gratuitas ao condenado, sendo exercida em entidades públicas como escolas, hospitais, orfanatos, programas comunitários, sendo realizada por uma hora a cada dia de condenação. Essas atividades devem respeitar as aptidões físicas e psicológicas do apenado e não devem prejudicar sua jornada de trabalho normal.

O legislador ao introduzir a prestação de serviço à comunidade visa a ressocialização do apenado, porém essa tarefa não deve ser realizada exclusivamente pelo Estado devendo ter uma participação ativa da comunidade. Essa participação da sociedade deve ser de forma organizada por meio de conselhos ou grupos que representem o pensamento popular se afastando dos pensamentos políticos. Com isso a Lei de Execução Penal instituiu um conselho de comunidade, com a intenção de unir a comunidade e a administração da justiça criminal. Essa medida pode ser de grande alcance para a sociedade sendo ela aplicada e apoiada pela sociedade podendo trazer efeitos satisfatórios para a inserção do apenado novamente a comunidade.<sup>126</sup>

Essa atividade e de caráter gratuito, houve muitas críticas com relação a essa atividade afirmando que seria um genuíno trabalho imposto ao apenado, ou seja, um trabalho forçado o que não é permitido pela nossa legislação. Porém, podemos ver que essa pena tem um caráter absolutamente distinto, gerando um ônus para o apenado, não havendo uma relação de emprego atendendo apenas como uma retribuição a sociedade sem degradar ou corromper o condenado. Diferente se atribuisse ao apenado uma pena privativa de liberdade em que seria obrigado a trabalhar, ou seja, além de ter a sua liberdade restringida teria que trabalhar para abater a sua pena.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 262

<sup>127</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 263

Ao aplicar a substituição da pena, houve uma grande preocupação com relação ao local em que o apenado iria realizar essas atividades chegaram então à conclusão que essas atividades devem ser realizadas em entidades públicas ou em estabelecimentos que se assemelha a entidades públicas, por um simples motivo, as empresas privadas visa o lucro e se permitir a prestações de serviços a empresas privadas estaria diante de uma exploração de atividades gratuitas sem a contraprestação de serviços. A natureza dessa atividade e de caráter gratuito por não haver a possibilidade de se remunerar pela escassez de recursos econômicos públicos.<sup>128</sup>

Cada país tem uma legislação bem específica com relação a esse sistema de pena, há legislações que permitem a sua realização em horários de suas atividades normais, porém o Brasil já adotou outro tipo de execução da pena, não permite que a atividade fosse exercida nos horários de trabalho diário, por entender que neste caso há uma prejudicialidade no processo de reintegração do apenado na sociedade, interferindo na estrutura familiar e profissional podendo prejudicar a sobrevivência familiar.<sup>129</sup>

Na introdução da prestação de serviço à comunidade, prévia que diante a interferência na jornada de trabalho normal a lei permitia a realização desses serviços aos finais de semana tanto aos sábados quanto aos domingos inclusive nos feriados. Porém com a nova disciplina estipulada pela lei 9.714/98 não trouxe essa possibilidade expressamente, apenas trazendo a possibilidade de não prejudicar à jornada de trabalho normal.<sup>130</sup>

A pena de prestação de serviços à comunidade será fixada pelo juiz da sentença, mas poderá ser aplicada pelo juiz da execução penal. E incumbirá ao responsável do estabelecimento onde a atividade estiver sendo desenvolvida, devendo orientar e fiscalizar a realização das atividades desenvolvidas pelo apenado.<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 679

<sup>129</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 679

<sup>130</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 680

<sup>131</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 263

### 2.3.4 Interdição temporária de direitos

A interdição temporária de direitos está prevista no art.47 do Código Penal, diferente das demais que se aplica aos casos de forma bem genérica a interdição se aplica aos crimes específicos e determinados pela lei.<sup>132</sup>

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

- I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
- II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
- III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.
- IV – proibição de frequentar determinados lugares.
- V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

O legislador ao realizar a reforma, manteve em seu projeto as antigas penas acessórias de interdição de direitos, ou seja, antes da reforma a interdição de direitos era considerada como penas acessórias.<sup>133</sup>

Essa pena alternativa é a que traz um maior impacto aos apenados trazendo maior efetividade da justiça com um caráter preventivo especial. Pelo fato de gerar ao apenado consequências financeiras como bem descreve Bitencourt quando aduz:

A interdição temporária de direitos, especialmente as duas primeiras modalidades (Art.47, I e II do CP), tem, efetivamente, grande reflexo econômico. Ao proibir que o sentenciado realize sua tarefa laboral, naturalmente remunerada, reduzirá sensivelmente os seus rendimentos.<sup>134</sup>

As interdições temporárias relacionadas com a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, ou com proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público deve estar diretamente relacionado com os crimes envolvendo deveres inerentes ao cargo ou função. O delito deve estar

<sup>132</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 682-683

<sup>133</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.386

<sup>134</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 683



relacionado com o mau uso do direito interdito. Caso não esteja relacionado com esses fatores estamos diante de uma violação do livre exercício da atividade além de prejudicar o sustento familiar do apenado.<sup>135</sup>

A primeira interdição que está contida no art.47, I, do Código Penal, são as atribuições da função pública e as funções específicas. O art.327 do Código Penal traz a definição do funcionário público que “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Ou seja, a atividade pública e toda aquela que se realiza para o Estado podendo ou não ser remunerada, partindo a escolha e nomeação por parte do poder público.<sup>136</sup>

A interdição não se aplicará somente na suspensão dos que exercem a função ou atividade pública está incluso aqueles que deixaram de exercer de maneira compulsório ou voluntariamente a atividade após a prática delituosa, constituindo uma incapacidade temporária.<sup>137</sup>

Ou seja, o funcionário ficará proibido de exercer as suas atividades temporariamente não se confunde com perda de função. Para a suspensão temporária é necessário que a pena seja igual ou superior a um ano. A perda da função só ocorrerá caso seja condenado a pena superior a quatro anos e deve ser declarada em juízo conforme art. 92, I, alínea b e parágrafo único do Código Penal.<sup>138</sup>

Já o inciso II estamos diante da proibição do exercício da profissão, ou seja, as atividades que dependam de autorização especial ou licença para exercer. Exigindo nesses casos requisitos como nível superior ou técnico, licenças e registros autorizados pelo poder público.<sup>139</sup>

Para que haja a proibição do exercício da atividade e aplicação da interdição é necessário que o delito tenha sido praticado com abuso de profissão.<sup>140</sup>

---

<sup>135</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 683

<sup>136</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 264

<sup>137</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 264

<sup>138</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.387

<sup>139</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.387

<sup>140</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança. 5. Ed.rev., atual. E ampl.- Belo Horizonte: Del Rey.2001. Pág 155

Bittencourt diz que a substituição tem o seu caráter de reprovação e prevenção, como fica bem evidente em sua colocação:

Qualquer profissional que for condenado por crime praticado no exercício de seu mister, com infringência aos deveres que lhe são inerentes, poderá receber essa sanção, desde que, é claro, preencha os requisitos necessários e a substituição revele-se suficiente à reprovação e prevenção do crime.<sup>141</sup>

Assim como Bittencourt, Mirabete se posiciona no mesmo sentido com relação ao caráter de prevenção quando averba:

A pena de interdição tem um caráter predominantemente preventivo, evitando-se a reincidência daquele que infringiu as regras essenciais no desempenho de suas atividades ou abusando de suas condições profissionais para a prática do ilícito penal.<sup>142</sup>

Sendo aplicada a pena de interdição temporária o condenado será privado de exercer a sua profissão, atividade ou o ofício, ao tempo da pena mesmo estando habilitado a exercer as suas atividades.<sup>143</sup> Devendo a suspensão da atividade ocorrer enquanto durar a pena, se após a pena cumprida não houver um processo administrativo que implique na perda do cargo ou habilitação poderá o apenado volta a exercer sua atividade.

A interdição não tem como escopo proibir ou suspender todas as profissões que o apenado exerça, ou seja, a interdição deve recair apenas a profissão que cometeu o abuso.<sup>144</sup>

Cabe lembrar que a aplicação da interdição não afasta as medidas administrativas realizadas pelos conselhos, como os conselhos de medicina e a ordem

---

<sup>141</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 685

<sup>142</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 265

<sup>143</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 265

<sup>144</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 685

dos advogados entre outros.<sup>145</sup> Assim como as medidas administrativas não afastam a aplicação e cumprimento de medidas impostas em ação penal.<sup>146</sup>

Outra medida do Art.47, do Código Penal, é a suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo (III) essa aplicação ocorre nos crimes culposos conforme o art.57 do Código Penal “A pena de interdição, prevista no inciso III do art. 47 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito”.

Não se pode confundir a suspensão com a inabilitação para dirigir veículos automotores ocorridos nas condenações por crimes dolosos, conforme o art. 92, III, previsto no Código Penal que diz “a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso”.<sup>147</sup>

Após a vigência do Código de Trânsito Brasileiro (lei nº 9.503 de 23/09/1997) os crimes de trânsito culposos passaram a ser tipificados e ordenados pelo Código de Trânsito tendo como pena principal a privativa de liberdade e a pena de multa, além da suspensão ou proibição de conduzir veículos automotores. A suspensão de habilitação de conduzir veículos automotores previsto no Código Penal, só poderá ser utilizado nos crimes culposos de trânsito em substituição a pena privativa de liberdade quando não se tratar de infrações praticadas com veículos automotores.<sup>148</sup>

Por fim a aplicação da sanção de suspensão não impede que a autoridade policial no âmbito administrativo realizar exames de habilitação ou a prévia apreensão dos documentos de habilitação.<sup>149</sup>

O penúltimo inciso (IV) do art.47, do Código Penal, se refere a proibição de frequentar determinados lugares, tem como principal objetivo a prevenção, ou seja, visa prevenir que o condenado volte a delinquir com o intuito de preservar o cometimento da reincidência. A proibição de frequentar determinados lugares se dá

---

<sup>145</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2000. Pág. 388

<sup>146</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts 1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 265

<sup>147</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança. 5. Ed. rev., atual. E ampl.- Belo Horizonte: Del Rey. 2001. Pág 155

<sup>148</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts 1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 266

<sup>149</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 687

pela influência em que certos lugares traz como bares, clubes, boates. Que incidem diretamente na personalidade do apenado.<sup>150</sup>

A aplicação da proibição de frequentar determinados lugares deve ser devidamente determinada pelo juiz não podendo ele arbitrar de forma genérica, fixando os locais em que o apenado não poderá frequentar. Essa fixação deve estar em consonância com o tipo de delito cometido e a sua personalidade visando apenas a prevenção da reincidência. Não deve o juiz proibir o apenado a frequentar lugares que não oferece risco para o acometimento de novos delitos da mesma natureza, pois neste caso estaria diante de uma inconstitucionalidade, não estaria visando a prevenção penal. Perdendo a principal finalidade da substituição que é a inserção na sociedade, não devendo fugir dessa finalidade.<sup>151</sup>

A proibição de frequentar determinados lugares terá a mesma duração que a pena privativa de liberdade fixada inicialmente pelo juiz.<sup>152</sup>

A última interdição prevista no art. 47, V, do Código Penal, e a proibição de se inscrever-se em concurso público inserido pela lei 12.550 de 15/12/2011. O legislador ao instituir não mencionou as hipóteses de aplicação deste impedimento, deixando uma lacuna no Código Penal.<sup>153</sup>

A previsão legal da proibição de se inscrever-se em concurso surge então como pena restritiva genérica cabendo ao juiz aplicá-la ou não podendo ele preferir por outra pena genérica.<sup>154</sup>

### 2.3.5 Limitação de fim de semana

A limitação de fim de semana e a última pena restritiva de direitos, tendo seu surgimento na Alemanha Ocidental, sendo adotado como uma *pena sui generis*.<sup>155</sup> Tem a função de evitar o afastamento do condenado de seu ambiente

<sup>150</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança. 5. Ed. rev., atual. E ampl.- Belo Horizonte: Del Rey. 2001. Pág 155

<sup>151</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts 1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 267

<sup>152</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts 1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 267

<sup>153</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 688

<sup>154</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 689

<sup>155</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts 1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 268

familiar, das relações sociais e profissionais, além de seu caráter preventivo especial. Ou seja, a sua principal finalidade não é apenas com relação ao apenado, mas não permitir que a família arque com todos efeitos da condenação, propiciando neste caso ao condenado a possibilidade de continuar garantindo o sustento familiar. O que não ocorre com a aplicação da pena privativa de liberdade, em que o ônus da condenação recairia além do condenado em sua família. Bitencourt saliente que não havendo esse cuidado não estaria garantindo o princípio da personalidade da pena.<sup>156</sup>

O art.48 do Código Penal estabelece a limitação do final de semana, aduz da seguinte forma.

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

A pena além do seu caráter preventivo de evitar a reincidência e o agravamento no âmbito familiar e profissional, também possui um caráter educacional em promover palestras, cursos. Utilizando essas horas que o apenado estará no estabelecimento afim de utiliza-la de forma proveitosa, buscando através das atividades educativas a reeducação penal.<sup>157</sup>

A aplicação ficará a cargo do juiz da execução a realizar. Devendo intimar o condenado para cientificar dos locais, dias e horários em que deverá cumprir a pena, tendo início ao primeiro dia de comparecimento.<sup>158</sup>

Porém, Bitencourt saliente que:

Nada impede que a pena seja cumprida em horários diversos, como noturno, diurno, vespertino ou matutino, adaptando-se às disponibilidades do estabelecimento, desde que também e, principalmente, não prejudique as atividades profissionais do albergado.<sup>159</sup>

<sup>156</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 675

<sup>157</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 676

<sup>158</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 269

<sup>159</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 675

O juiz ainda deverá realçar ao apenado que o não comparecimento, ou descumprir com as condições estabelecidas, ou se praticar conduta grave a pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade.<sup>160</sup>

A pena restritiva deve preferencialmente ser cumprida em casa de albergado ou local de mesma espécie. O art.94 da LEP estabelece as características da casa de albergado. A lei prevê que deve ser prédio localizado no centro urbano em separado de outros estabelecimentos, não devendo ter obstáculos para inibir a fuga, deve ainda conter acomodações para os presos, local para cursos e palestras, além de instalações para a fiscalização e orientação dos condenados.<sup>161</sup>

O requisito da casa de albergado ser no centro urbano e para que seja de fácil acesso ao apenado, devendo conter transporte público para a localidade, sendo a locomoção responsabilidade do apenado devendo arcar com os custos do transporte.<sup>162</sup>

As casas de albergado têm uma finalidade dúplice, servem tanto para a pena alternativa de limitação do final de semana quanto para o cumprimento das penas privativas de liberdade em regime aberto, porém a realidade é bem diferente da idealizada pelo legislador perante a inexistência desses estabelecimentos. Diante disso os juízes ao aplicarem a pena alternativa substitui por outras penas alternativas, por não haver a possibilidade de cumprimento da pena de forma adequada como prevê a lei.<sup>163</sup>

Diante da falta de investimento em estabelecimentos de albergados as penas alternativas de limitação de final de semana é a pena menos efetiva que temos no ordenamento pela não possibilidade de aplicação. Bitencourt afirma que nem todos institutos que são eficazes em outros países devem ser implantados no Brasil, justamente por essa dificuldade em aplicar políticas públicas em infraestrutura de lugares adequados.<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 675

<sup>161</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2000. Pág.390

<sup>162</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 676

<sup>163</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 676

<sup>164</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 678

## 2.4 Critérios para substituição da Pena Privativa de Liberdade por Penas Restritivas de Direito

Antes da reforma do Código Penal de 1940, as penas restritivas de direito eram consideradas penas acessórias, com isso para a sua aplicação era necessário que houvesse a imposição em conjunto, ou seja, ser aplicado a pena principal para que pudesse aplicar a pena acessória. O juiz ao aplicar a pena acessória deve aplicar em conjunto as penas de reclusão, detenção, prisão simples ou de multa.<sup>165</sup>

Com a reforma do Código Penal em 1984, o legislado deu total autonomia no Art.44, *caput*, de aplicar as penas restritivas de direitos isoladamente. Sendo elas autônomas e substituem as privativas de liberdade.<sup>166</sup>

Para a aplicação das penas restritivas de direito deve ser observado os pressupostos objetivos e subjetivos.<sup>167</sup> Na falta de um dos pressupostos constantes Art.44 do Código Penal não será admitida a substituição, o artigo traz a seguinte redação:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)  
I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)  
II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)  
III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da

<sup>165</sup> JESUS, Damásio E. de. Penas alternativas: anotações à lei n. 9.714 de 25 de novembro de 1998.- São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 75

<sup>166</sup> JESUS, Damásio E. de. Penas alternativas: anotações à lei n. 9.714 de 25 de novembro de 1998.- São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 75

<sup>167</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva, 2000. Pág.81

pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Para que haja a substituição da pena o primeiro critério objetivo que deve ser analisado é a pena aplicada, o art. 44, I, do Código Penal, só prevê a substituição as penas que não ultrapassem a quatro anos podendo assim ser substituída por restritiva de direito independente se o crime é culposos ou doloso.<sup>168</sup>

O dispositivo ao estipular o requisito de pena não superior a quatro anos estipula tal requisitos aos crimes dolosos, impedido a aplicação as penas superiores a quatro anos. Já com relação ao crime culposos não é necessário observar a pena estipulada podendo ser pena superior a quatro anos.<sup>169</sup>

O crime de natureza culposa e tratado no nosso código de maneira diferente da dolosa justamente pelo fato da natureza do crime. O crime culposos que é cometido pela ausência dos devidos cuidados, ou seja, não há uma reprovabilidade em sua conduta, não é uma conduta ilícita, mas uma conduta que foi realizada com imprudência, negligência e imperícia causando assim o resultado, neste caso não há a necessidade de ressocialização sendo a pena privativa de liberdade descabida nestes casos, por isso o legislador optou por não impor limites quantitativos da pena privativa, podendo ser aplicada a pena restritiva de direitos independente da pena imposta.<sup>170</sup>

Caso haja concursos de crime pode haver a possibilidade da substituição da pena, desde que as soma das penas não ultrapasse a quatro anos, lembrando que não se aplica aos crimes culposos, pois independe da pena aplicada. Nos concursos formais ou continuados em crimes dolosos, Mirabete salienta que “ a substituição deve ser feita por uma só pena restritiva de direito ou multa”. Mas já nos concursos materiais ele aduz que “a substituição poderá ser efetuada por duas ou mais penas alternativas idênticas, quando os crimes forem idênticos, ou por penas substitutivas diversas, caso

<sup>168</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.81

<sup>169</sup> JESUS, Damásio E. de. Penas alternativas: anotações à lei n. 9.714 de 25 de novembro de 1998.- São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 87

<sup>170</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.82



não seja idêntica”. O apenado ao cumprir as penas restritivas de direitos deverá cumprir primeiramente as penas idênticas e posteriormente as penas alternativas diversas. Porém havendo concurso de crimes deve ser observado a pena aplicável ao caso, quando for aplicado a pena privativa de liberdade sem a concessão de *sursis* em um dos crimes, não será possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito conforme prevê o art.69, §1º do Código Penal.<sup>171</sup>

Outro critério objetivo que foi trazido pela lei nº 9.714/98, foi a vedação da substituição nos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, independente da pena culminada ao apenado.<sup>172</sup> Por outro lado, ao analisar o critério objetivo do emprego da grave ameaça e da violência, há crimes que para se amoldar ao tipo penal são praticados com grave ameaça ou violência, podendo ser aplicado as penas restritivas de direito. Como é evidente nos crimes com violência contra a coisa, o art.44, I, do Código Penal, e bem específico, proibindo a aplicação da substituição por restritiva de direitos com o cometimento da violência ou grave ameaça contra a pessoa, podendo ser aplicada a substituição aos crimes de furto qualificado com rompimento de obstáculos presente no Art. 155, §4º, I do Código Penal, a violência praticada neste caso e contra a coisa.<sup>173</sup>

Os crimes que constitui violência ou grave ameaça, também são passíveis da incidência da substituição, por exemplo, a ameaça (Art.147, CP) e a lesão corporal (Art.129, CP), sendo a violência e a grave ameaça características desses crimes.<sup>174</sup> Além desses crimes ser tratados como crimes de menor potencial ofensivo, são crimes processados nas varas da Lei de Juizados Especiais, sendo aplicado a Lei 9.099/95, que prevê a aplicação das penas alternativas, e não como uma substituição como ocorre no Código Penal.<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 271

<sup>172</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 271

<sup>173</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.83

<sup>174</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 271

<sup>175</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.83

Além de ser observado os requisitos objetivos da pena não superior a quatro anos e não sendo praticado com violência ou grave ameaça é necessário observar os requisitos subjetivos referentes as condições pessoais do sentenciado.<sup>176</sup>

O primeiro critério pessoal a ser analisado é o da reincidência do agente. Antes da nova redação da lei 9.714/98 o código não fazia distinção com relação a reincidência podendo ela ser de crime doloso ou crime culposos, com a lei 9.714/98 acrescentou na redação que a reincidência em crimes dolosos, em tese não é permitido a substituição da pena restritiva de direito, não se estendendo aos crimes culposos.<sup>177</sup>

A reincidência deve ser analisada a época da ocorrência do crime, não podendo o apenado ter sido condenado em sentença transitada em julgada por outro crime doloso, podendo ser sentença no Brasil ou sentença proferida em outro país. Não sendo considerado a reincidência aos crimes praticados após a condenação, ou antes do trânsito em julgado, assim como não se aplica a reincidência aos crimes culposos. Outro fator passível da substituição, é transcorrido o prazo de cinco anos de cumprimento da sentença ou a extinção da pena de condenação anterior, além da suspensão condicional da pena, além do livramento condicional não ocorrendo a revogação dos benefícios.<sup>178</sup>

A reincidência dolosa não é um critério absoluto, havendo a possibilidade de substituição, desde que o novo crime praticado não seja doloso e que o crime antecedente e posterior não seja o mesmo tipo penal, devendo ser aplicada aos casos socialmente recomendável, o juiz ao aplicar a substituição deve fundamentar com relação as circunstâncias do crime assim como o precedente criado.<sup>179</sup>

O outro critério subjetivo que a lei traz é a conduta social, a culpabilidade, os antecedentes e a personalidade do agente art.44, III do Código Penal.

Esse critério subjetivo é de extrema importância para a decisão do juiz, que analisará com rigor afim de equilibrar a substituição e não incorrendo em excessos.

---

<sup>176</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 272

<sup>177</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.83

<sup>178</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 272

<sup>179</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 272

Devendo o juiz observar o caráter da substituição, sendo suficiente sem perder o caráter constitucional de garantir a ordem pública.<sup>180</sup>

Essas circunstancias pessoais são para garantir e determinar a aplicação da substituição. O autor Mirabete deixa bem evidente a importância de se analisar essas circunstancias, ele diz que:

Não tem direito a substituição, portanto, os condenados que, pelos elementos colhidos na instrução criminal, demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica, que tiverem antecedentes comprometedores, ainda que não tenham sido condenados anteriormente, que apresentam conduta marcada por fatos antissociais, ou que não tenham profissão definida, emprego fixo ou residência determinada e, ainda, quando os próprios motivos e as circunstâncias de caráter pessoal indicarem que a substituição não servirá de prevenção penal.<sup>181</sup>

O juiz só deve substituir a pena privativa de liberdade quando as condições forem favoráveis ao apenado, não se aplicando caso o apenado não cumpra com as condições e os deveres impostos na pena alternativa.<sup>182</sup>

Após o juiz aplicar a pena privativa de liberdade e analisar os pressupostos objetivos e subjetivos deverá observar as espécies de penas restritivas que será imposta ao apenado, neste momento analisando as regras previstas na lei observando a espécie do crime e a quantidade da pena que será substituída.<sup>183</sup>

Na legislação anterior a introdução da Lei 9.714/98, previa a multa substitutiva a pena que não fosse superior a seis meses, constantes no Art.44, II e III do Código Penal. A outra hipótese que cabia a pena de multa era nos crimes culposos, podendo ser aplicada nos crimes cuja a pena privativa de liberdade fosse igual ou superior a um ano conforme Art. 44, parágrafo único, do Código Penal.<sup>184</sup>

A partir da Lei 9.714/98, a pena de multa passou a ser aplicada isoladamente a condenações que não for superior a um ano, porém não está prevista

---

<sup>180</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.85

<sup>181</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 272

<sup>182</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 272

<sup>183</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014. Pág 272

<sup>184</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.87

no art. 43 do Código Penal, mas possui a natureza de pena alternativa tendo o caráter de substitutiva sendo garantida a aplicação com o Art.44, §2º do Código Penal.<sup>185</sup>

A pena não superior a um ano pode aplicar a pena de multa ou a pena restritiva de direito nunca as duas simultaneamente. Para a aplicação deve analisar quais das duas será suficiente e necessária para a prevenção e reprovação do crime.<sup>186</sup>

Outra hipótese, imposta pela lei, são as penas superiores a um ano, neste caso a aplicação da multa sempre será cumulada com uma restritiva de direito, ou seja, e a possibilidade de aplicação de duas penas alternativas. A lei 9.714/98 trouxe duas inovações com relação a lei anterior, a primeira inovação está relacionada com a pena, onde a legislação anterior trazia a possibilidade de aplicação aos casos que a pena fosse igual ou superior a um ano, com a introdução da lei exige-se que a pena seja superior a um ano. Outro ponto importante e com relação a aplicação onde se permitia apenas aos crimes culposos, com a mudança a substituição passou a ser aplicada tanto aos crimes culposos quanto aos crimes dolosos, com a nova redação e possível a substituição por penas alternativas aos crimes dolosos que tenham pena não superior a quatro anos. Passando a ter uma igualdade de tratamento.<sup>187</sup>

A substituição nos crimes com pena superior a um ano são os mesmo para os crimes culposos e dolosos, cuja a duração não seja superior a quatro anos, sendo aplicada a substituição podendo ser de multa e restritiva de direito, ou duas restritivas de direito, sendo exigidas simultaneamente conforme o Art. 44, §2º, do Código Penal.<sup>188</sup>

Para as penas superiores a um ano além da aplicação da multa e as duas penas restritivas de direito pode ser aplicado a suspensão condicional da pena especial, a suspensão condicional simples para a substituição da pena privativa de liberdade. Mas caso seja essencial ou recomendável a aplicação da pena privativa de liberdade, poderá ser executada a pena em regime aberto que deverá ser cumprido

---

<sup>185</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.88

<sup>186</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.88

<sup>187</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.88

<sup>188</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.87

em casa de albergado ou em estabelecimento adequado ou em casos excepcionais em prisão domiciliar.<sup>189</sup>

A Lei 9.714/98 introduziu diversas mudanças no Código Penal com relação as penas restritivas de direitos, além das mencionadas anteriormente a lei. Trouxe uma outra inovação para o Código Penal, que é a possibilidade de aplicação da pena restritiva de direito nos casos que o condenado for reincidente.

É evidente que a aplicação das penas restritivas de direito aos reincidentes não está visando a desmoralização da pena, mas é possível perceber que o fracasso da pena privativa de liberdade pode estar associado com a prática da reincidência não atingindo o caráter ressocializador, um dos principais objetivos na aplicação da pena.<sup>190</sup>

Porém o problema da reincidência não está relacionado apenas com as penas privativas de liberdade, não se sabe ao certo os fatores que influênciam a reincidência, não há pesquisas que comprovem que a reincidência é o grande fator da falência da prisão, podendo ser encontrado em diversas áreas da sociedade a reincidência como a exclusão social, a falta de inserção no mercado de trabalho, entre outros. Com isso não podemos afirmar com certeza que a pena de prisão é ineficaz com relação a reincidência. Ou seja, podendo ser influência da pena de prisão assim como ser reflexo dos valores sociais e socioeconômicos.<sup>191</sup>

As consequências que o código traz para a reincidência é a impossibilidade de aplicar os benefícios previsto em lei, como a impossibilidade de prover recursos em liberdade, determinando regimes mais rigoroso no cumprimento da pena, impossibilidade de substituição da pena por penas alternativas, a impossibilidade de concessão do *sursis*, entre outros fatores.<sup>192</sup>

Com isso a lei 9.714/98 trouxe um novo tratamento para reincidência visando um caráter político-criminal, não com o intuito de ignorar a reincidência, mas de tentar relativizar os seus efeitos.<sup>193</sup>

---

<sup>189</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.86

<sup>190</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.89

<sup>191</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.91

<sup>192</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.92

<sup>193</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.93

Para a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a reincidência dolosa ainda continua sendo um fator impeditivo, porém não como critério absoluto, podendo aplicar a substituição quando se perceber que é socialmente recomendável, ou seja, podendo haver a substituição em casos excepcionais. Porém com a possibilidade de relativizar a reincidência dolosa, além de excluir da aplicação a reincidência, o juiz passa a ter uma maior liberdade para a aplicação das penas alternativas.<sup>194</sup>

O juiz ao aplicar a substituição no caso da reincidência dolosa deve observar o critério socialmente recomendável, não podendo renunciar o dever constitucional e institucional de garantia da ordem pública, além de garantir a proteção dos bens jurídicos individuais e coletivos. Ou seja, sempre que houver a reincidência dolosa o juiz deve observar se a pena ao ser substituída irá atender as necessidades e será suficiente para a ressocialização do condenado sem prejudicar a garantia da ordem pública.<sup>195</sup>

Já a reincidência em crime culposos não incorre na aplicação do Art.44, § 3º do Código Penal, neste caso a lei é bastante clara ao impedir a substituição apenas nos casos de reincidência dolosa conforme o art. 44, II do Código Penal. Ou seja, a reincidência em crime culposos ainda que incorra na prática do mesmo tipo penal não será necessário se analisar se cabe ou não a substituição. Na reincidência culposa sempre caberá a substituição.<sup>196</sup> Diferente incorre na reincidência dolosa, que só será cabível a substituição nos casos em que a medida é socialmente recomendável e a reincidência não seja na prática do mesmo crime.<sup>197</sup>

Além de todas as possibilidades de substituições e aplicação das penas alternativas com o advento da lei 9.714/98, temos ainda a possibilidade da conversão das penas restritivas de direitos. O Código Penal dispõe essa possibilidade no Art. 44, §4º e §5º do Código Penal.<sup>198</sup>

---

<sup>194</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.93

<sup>195</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.93-94

<sup>196</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.95

<sup>197</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.95

<sup>198</sup> Art. 44. [...]

§4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a

Este instituto foi criado pela lei de Execução Penal, Lei.7.210/1984. A conversão nada mais é do que o descumprimento injustificado da restrição ou dos deveres impostos na substituição da pena restritiva de direito que se converte novamente em privativa de liberdade.<sup>199</sup> Para que seja aplicada a conversão da pena é necessário que a pena não seja superior a dois anos, sendo necessário para a conversão que o condenado esteja cumprido a pena em regime aberto, que tenha cumprido pelo menos um quarto da pena e que os antecedentes e a personalidade do condenado indique ser recomendável a conversão.<sup>200</sup>

---

executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

<sup>199</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança. 5. Ed.rev., atual. E ampl.- Belo Horizonte: Del Rey.2001. Pág 153

<sup>200</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.394

### **3. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRISÃO: CRIME COMETIDO COM EMPREGO DE GRAVE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA**

A aplicação das penas restritivas de direito surgiu a partir da lei 7.209/84, sendo introduzida no Código Penal de 1940. Porém, neste primeiro momento, as penas restritivas de direito eram aplicadas apenas na hipótese de penas inferiores a um ano, o réu não poderia ser reincidente, além de analisar os requisitos subjetivos do réu, como a culpabilidade, os antecedentes.

Com a lei nº 9.714/98, ampliou os requisitos objetivos para a sua incidência, sendo possível a sua aplicação em crimes com penas não superior a quatro anos. Além da possibilidade de aplicação nos crimes com penas acima de um ano e inferiores a quatro anos, a lei trouxe outro critério a ser analisado para a sua aplicação, são os crimes praticados com grave ameaça ou violência não poderá se aplicar as penas restritivas de direito. É evidente a evolução que tivemos desde a implantação das penas restritivas de direito, antes da lei 9.714/98 não havia o impedimento da aplicação aos crimes praticados com violência ou grave ameaça era necessário apenas preencher os requisitos subjetivos é ter pena inferior a um ano.

O legislador ao elaborar a nova lei que modificou a aplicação, além de acrescentar outras espécies de penas restritivas de direito, que anteriormente havia somente três espécies, afastou da aplicação os crimes praticados com grave ameaça ou violência, sendo esta ameaça ou violência praticadas contra a pessoa, independente se a prática do crime é de natureza culposa ou dolosa.<sup>201</sup>

O legislador ao impor tal requisito não estava analisando somente a depreciação do resultado, mas a desvalorização da ação, com maior incidência nos crimes com violência, excluindo a aplicação da pena restritivas de direito os autores de crimes praticados com grave ameaça ou violência.<sup>202</sup>

Ao se analisar o emprego da violência ou da grave ameaça, não basta a sua presença na denúncia como meios executórios. É necessário o reconhecimento pelo o juiz como meios empregados na prática do crime na sentença condenatória.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.661

<sup>202</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.661

<sup>203</sup> JESUS, Damásio. Penas alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. - São Paulo: Saraiva, 1999. Pág.90



Sendo o crime praticado com violência ou grave ameaça não importa se atendeu os demais requisitos objetivos e subjetivos, a violência ou a grave ameaça já exclui a possibilidade de aplicação da pena restritiva de direito.

Para tal vedação o reconhecimento de apenas uma das condutas, da violência física ou moral, é o suficiente para afastar a substituição da pena.<sup>204</sup>

A lei ao impor a proibição da aplicação das penas alternativas em crimes cometidos com grave ameaça ou violência, entende a violência em seu sentido estrito, ou seja, a violência empregada com força física, bruta, para vencer a resistência da vítima, com isso não se deve entender qualquer tipo de violência, mas a violência eminente contra a vítima.<sup>205</sup>

Cezar Bitencourt, ao analisar os requisitos, o juiz deve analisar com prudência. Ao analisar o requisito objetivo da violência e grave ameaça alguns crimes estariam excluídos da aplicação das penas restritivas, por exemplo, o crime de lesão corporal leve dolosa (art.129), constrangimento ilegal (art.146) e o crime de ameaça (art.147), que respectivamente são praticados com violência e grave ameaça a pessoa. A lei ao tratar da violência e da grave ameaça não estabeleceu regras para a aplicação nas infrações de menor potencial ofensivo, presente no artigo 61 da lei 9.099/95, nestes casos as infrações de menor potencial ofensivo deverão continuar recebendo o mesmo tratamento dos Juizados Especiais, aplicando as sanções definidas como penas alternativas, diferente das sanções do Código Penal que são as penas substitutivas.<sup>206</sup>

A lei é extremamente clara em não admitir a substituição da pena privativa em liberdade por restritiva de direitos nos crimes cometidos com grave ameaça ou violência. A grave ameaça e a violência, quando utilizada contra a pessoa como forma de alcançar o bem pretendido. Já os crimes que utiliza a grave ameaça ou a violência contra a coisa é passível de aplicação de penas alternativas por se tratar de infrações de menor potencial ofensivo.

---

<sup>204</sup> JESUS, Damásio. Penas alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. - São Paulo: Saraiva, 1999. Pág.90

<sup>205</sup> JESUS, Damásio. Penas alternativas: anotações à lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. - São Paulo: Saraiva, 1999. Pág.91

<sup>206</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.661-662

### 3.1 Seletividade da norma

A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu texto as garantias e os direitos fundamentais no artigo 5º “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, a Constituição estabeleceu que todos os indivíduos são iguais sem distinção de raça ou gênero, devendo os direitos e deveres serem aplicados de forma igualitária.

Contudo, a função do sistema penal vai em desencontro com o preceito constitucional de que “todos são iguais perante a lei”. Passa então o sistema penal em sua principal função ter o controle das condutas dos seres humanos, porém temos dois tipos de homens, os “*homens de bem*” e os “*homens maus*” intitulados por Vera Regina como “Os primeiros os artífices dos sadios valores e da boa vida que os segundos, em alarmante expansão, estariam impedindo de viver”. Tendo neste o sistema penal a função de controlar as condutas praticadas pelos “homens maus” de forma a prefinir e garantir a vida boa dos homens bons.<sup>207</sup>

Tendo assim uma cidadania seletiva não podendo ser alcançada pelo mundo do mal e muito menos alcançada pelo mundo do bem, ou seja, são condutas que não são questionadas quanto ao seu acesso, sendo o ser humano rotulados como homens do bem e homens do mau, não havendo a possibilidade de alcance do outro.<sup>208</sup>

A partir desta ideia, a interação da sociedade, é realizada por um processo de construção social da cidadania e da criminalidade do sistema penal, submetendo o senso comum da criminalidade sempre ao mesmo resultado, rotulando o criminoso como uma pessoa violenta, mal é pobre o excluído da sociedade.<sup>209</sup>

A Constituição Federal de 1988, visa uma construção social da cidadania em igualdade a todos. Vera Regina traz a perspectiva com relação a luta pela igualdade referente a busca pela cidadania e o sistema penal. A cidadania luta pelo rompimento com Estado, tornando os indivíduos livres do poder estatal, visando a

---

<sup>207</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. Pág.20

<sup>208</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. Pág.21

<sup>209</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. Pág.21-22

construção de direitos e necessidades, luta pela direto a igualdade jurídica e o afastamento da subjetividade da lei, além de lutar pela inclusão de todos na sociedade. Já o sistema penal tem como escopo o controle e a regulação social, não visa a proteção individual, diferente da cidadania o sistema penal se utiliza de restrições e violações de direitos e necessidades, reproduz a desigualdade, além da desconstrução da subjetividade, tendo uma dimensão de exclusão social.<sup>210</sup>

Podemos perfeitamente perceber que a sociedade busca a igualdade, a inclusão da sociedade na tomada de decisões, em contrapartida o sistema penal é utilizado para reprimir as classes “pobres”, criando um desequilíbrio na sociedade, gerando a desigualdade, violações de direitos e a exclusão social.

Vera Andrade descreve muito bem com relação a incidência do sistema penal sobre as classes “pobres”, ela expõe:

São processos contraditórios, então, no sentido criminológico crítico de que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade pelo sistema penal, incidindo seletiva e estigmatizantemente sobre a pobreza e a exclusão social, preferencialmente a masculina, reproduz, impondo-se como obstáculo central, à construção da respectiva cidadania. E por construção instrumental e simbólica designa-se, precisamente, que o sistema penal somos, informalmente, todos nós, e que todos nós participamos da construção, pois ela inclui tanto a criminalidade instrumentalmente encarcerada nos confins da prisão (a sua clientela real) quanto a criminalidade simbolicamente representada no cárcere de nossa ideologia penal, àquela que associa, de imediato e estereotipadamente, pobres e negros, com marginais; marginais com desempregados e traficantes; sem-terra com vagabundos e violentos, e assim por diante, e que reproduz o sistema penal.<sup>211</sup>

O sistema penal reproduz o que está entranhado na sociedade, mesmo com o desenvolvimento e crescimento da sociedade as desigualdades é extremamente presente, incluindo a exclusão social dos indivíduos das periferias, rotulando como marginais principalmente aqueles com características negras, do gênero masculinos e desempregados.<sup>212</sup>

Não estamos analisando a possibilidade de se banalizar os crimes, com penas mais brandas, estamos falando de penas que atinja a sua finalidade de

<sup>210</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. Pág.22

<sup>211</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. Pág.23

<sup>212</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. Pág.23

ressorcializar o acusado, além de coibir sua prática reiterada e a prática do delito por outros membros da sociedade, ou seja, a pena não é o único meio de defesa social, podendo utilizar de medidas que substituem as penas privativas de liberdade de modo a prevenir o delito é um melhor desenvolvimento da vida social.<sup>213</sup>

As penas restritivas de direito foram introduzidas no ordenamento jurídico para afastar a incidência das penas privativas de liberdade aos crimes de menor potencial ofensivo, já podendo ser analisado a seletividade da lei com a aplicação sobre os crimes sem gravidade, é podendo ser utilizado as normas rigorosas aos crimes considerados graves, afastando o encarceramento das penas menos graves.<sup>214</sup>

Porém, para a aplicação das penas restritivas de direito a lei impõe critérios objetivos e subjetivos para a sua aplicação, selecionando os crimes em que seja possível a aplicação das penas restritivas. O primeiro critério trazido pela lei é a aplicação da substituição aos crimes com pena não superior a 4 anos, que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, porém se o crime for culposos não importa a pena aplicada ainda assim poderá haver a substituição da pena. Além desses critérios objetivos analisam os critérios subjetivos do agente, o acusado não pode ser reincidente em crime doloso, e analisado a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, personalidade do agente, além se existirem os motivos que indiquem que a pena é suficiente.<sup>215</sup>

Conforme podemos analisar as penas restritivas de direito deve ser aplicada apenas aos grupos que atendem aos seus requisitos objetivos e subjetivos, excluindo da aplicação os crimes graves. Selecionar os crimes que teoricamente seja menos grave, afastando o principal objetivo da norma, que é evitar o cometimento de novos crimes, a inserção do delinquente ao meio social.<sup>216</sup>

Baratta, defende a criação de modelos próprios que visam a reeducação e reinserção do condenado na sociedade, buscando formas de políticas alternativas, que não visa simplesmente o afastamento da política criminal, e muito mais que isso,

---

<sup>213</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002. Pag. 35

<sup>214</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança. 5. Ed.rev., atual. E ampl.- Belo Horizonte: Del Rey.2001. Pág 148

<sup>215</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.391-392

<sup>216</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.656-657

é uma política que visa grandes reformas sociais e institucionais para desenvolver a igualdade, a democracia, além da vida comunitária mais humanas, transformando o poder apenas das classes capitalistas.<sup>217</sup>

O Direito Penal é considerado por Baratta como um direito desigual, sob duas perspectivas, a primeira está relacionada com os interesses sociais da comunidade, a saúde, segurança no trabalho, integridade ecológica, devendo ser assegurado uma maior representação processual com relação aos interesses coletivos da sociedade, utilizando de meios alternativos não necessariamente menos rigorosos, mas eficazes. Outra perspectiva que considera importante está relacionado com a despenalização de alguns delitos que protegem a moralidade pública e a personalidade do Estado, de forma que utilize de penas alternativas de forma a organizar o sistema judiciário e policial, e afastar a criminalização seletiva que ocorre nestes níveis institucionais.<sup>218</sup>

Reiterando o que já discutido as penas carcerárias é considerada um fracasso histórico como fins de controle da criminalidade, perdendo a função de reinserção do desviante na sociedade. Baratta defende a ideia de abolir as penas carcerárias, e é a favor de penas alternativas, como podemos perceber em suas palavras.

Múltiplas e politicamente diferenciadas são as etapas de aproximação deste objetivo. Estas são constituídas pelo alargamento do sistema de medidas alternativas, pela ampliação das formas de suspensão condicional da pena e de liberdade condicional, pela introdução de formas de execução da pena detentiva em regime de semiliberdade, pela experimentação corajosa e a extensão do regime das permissões, por uma reavaliação em todos os sentidos do trabalho carcerário.<sup>219</sup>

Diante a estrutura falida do cárcere é importante a abertura do sistema do cárcere para a sociedade para que vejam que as penas privativas de liberdade não

<sup>217</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002. Pag. 201

<sup>218</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002. Pag. 202

<sup>219</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002. Pag. 203

reinserem o condenado a sociedade, continuando o apenado após o cumprimento da pena no mundo da criminalidade.<sup>220</sup>

É evidente que neste exato momento é necessário se pensar em novas formas para reintegrar o condenado na sociedade, afastando as penas que enseja um caráter desigual que não o ressocializa apenas o exclui da sociedade.

### 3.2 Entendimento da regra na Jurisprudência do STJ e TJDFT

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, têm o entendimento consolidado com relação a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, aos crimes cometidos com o emprego de violência e grave ameaça.

Analisando as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios de 2013 a 2017, podemos identificar o seu entendimento consolidado, não havendo discussões com relação a aplicação das penas restritivas de direito, aos crimes que violam os requisitos objetivos que a lei traz.

Entendem, que os crimes praticados com grave ameaça ou violência não cabe a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, infringindo os requisitos objetivos trazidos pela lei penal no seu artigo 44, inciso I, do Código Penal, que prevê que os crimes não podem ser cometidos com grave ameaça ou violência, impossibilitando a substituição da pena nas infrações que assim o violem.

Analisando as jurisprudências de 2013, podemos perfeitamente identificar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar a regra contida no artigo 44, inciso I, do Código Penal, *in verbis*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL DE 04 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. **SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Como é consabido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da

<sup>220</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002. Pag. 203

competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Hipótese em que o Paciente foi condenado definitivamente pela prática do delito tipificado no art. 157, caput, do Código Penal às penas de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 10 dias-multa.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito e considerações vagas. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

**5. O pedido de substituição da pena privativa de liberdade não merece guarida, pois o crime de roubo, por definição, implica violência ou grave ameaça à pessoa, não estando preenchido o requisito previsto no art. 44, inciso I, parte final, do Código Penal.**

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena, conforme as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.<sup>221</sup>

A relatora Ministra Laurita Vaz, foi enfática em seu voto, ao afirmar a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, aos crimes cometidos com grave ameaça ou violência. Como aduz em seu voto.

O pedido de substituição da pena privativa de liberdade, entretanto, não merece guarida, pois o crime de roubo, por definição, implica violência ou grave ameaça à pessoa, não estando preenchido o requisito previsto no art. 44, inciso I, parte final, do Código Penal.<sup>222</sup>

<sup>221</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC Nº 233.960/SP**. Quinta Turma. Impetrante: Marcos Alexandre De Andrade. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Relatora Min. Laurita Vaz. Brasília, 26 de novembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201200344367&dt\\_publicacao=09/12/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200344367&dt_publicacao=09/12/2013)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>222</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC Nº 233.960/SP**. Quinta Turma. Impetrante: Marcos Alexandre De Andrade. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Relatora Min. Laurita Vaz. Brasília, 26 de novembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201200344367&dt\\_publicacao=09/12/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200344367&dt_publicacao=09/12/2013)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

O Ministro Marco Aurélio Bellizze, segue no mesmo entendimento da Ministra Laurita Vaz, em não aplicar a substituição da pena privativa de liberdade aos crimes que são cometidos com a violência e a grave ameaça, mesmo em casos que a lei prevê penas alternativas aos crimes de menor potencial ofensivo se aplicando a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995) entendendo em seu julgado em 15 de maio de 2014 o seguinte entendimento.

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIMES DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. GRAVE AMEAÇA À PESSOA. VEDAÇÃO PREVISTA NO ART. 44, I, DO CP. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício – evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Não se pode diminuir a abrangência da norma trazida no art. 44, inciso I, do Código Penal, com a finalidade de se contornar a impossibilidade de aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos crimes cometidos no âmbito familiar. Com efeito, não obstante a Lei n. 11.340/2006 não vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, restringindo somente a aplicação de pena de prestação pecuniária e o pagamento isolado de multa, o inciso I do art. 44 do Código Penal é claro ao proibir a substituição quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais, se a violência chegou a caracterizar crime de lesão corporal, ainda que leve, tem-se entendido pela impossibilidade de substituição da pena. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

3. Na espécie, o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se aplica porque os crimes de lesões corporais e ameaça foram praticados no âmbito das relações domésticas – o paciente agrediu de forma brutal a própria mãe, pessoa idosa, com mais de 70 (setenta) anos de idade, com tapas e socos, causando-lhe lesões físicas, inclusive quebrando-lhe um dente e, na posse de uma faca, ameaçou matá-la.

4. Habeas corpus não conhecido.<sup>223</sup>

<sup>223</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC Nº 290.650/MS**. Quinta Turma. Impetrante : Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relatora Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 15 de maio de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201400578010&dt\\_publicacao=22/05/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400578010&dt_publicacao=22/05/2014)>. Acesso em: 15 mar. 2018.



Com isso o relator entende que não há a possibilidade de aplicação da substituição da pena privativa de liberdade, no crime cometido com violência ou grave ameaça, mesmo sendo crimes de menor potencial ofensivo, não preenchendo os requisitos presentes na lei.

Ao mesmo entendimento segue Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em sua jurisprudência firmada em 14 de fevereiro de 2013, por decisão proferida por Humberto Adjuto, que aduz:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL GRAVE. PERIGO DE VIDA. INCAPACIDADE PARA AS OCUPAÇÕES HABITUAIS POR MAIS DE TRINTA DIAS. PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE FUNDAMENTADAS EM CONDENAÇÕES POR FATOS POSTERIORES AO APURADO. AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ALTERAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. PARCIAL REFORMA DA SENTENÇA.

1. “Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado e condenações por fatos posteriores ao examinado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.” (STJ, HC 137851/ SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, 5ª T., DJe 03/06/2011)

2. Na ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a fixação da pena em 1 (um) ano de reclusão atrai a aplicação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda (artigo 33, § 2º, alínea “c”, e § 3º, do Código Penal).

**3. Em se tratando de lesão corporal grave, com evidente violência à pessoa, inviável a substituição da pena privativa de liberdade estabelecida por restritivas de direitos, em razão do não preenchimento de um dos requisitos objetivos (art. 44, I, do CP). Precedentes.**

4. Recurso conhecido e parcialmente provido para reduzir o *quantum* da pena privativa de liberdade e modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto.<sup>224</sup>

As jurisprudências de 2015, 2016 e 2017 continuam com o mesmo entendimento, não admitindo a presença da grave ameaça e da violência para

<sup>224</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal Nº 20101010081815APR. Terceira Turma. Apelante: Luis Felipe Santos Pinheiro. Apelado: Ministério Público Do Distrito Federal E Territórios. Relatora Min. Humberto Adjuto Ulhôa. Brasília, 14 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

aplicação da pena restritiva de direitos, mesmo em crimes de menor potencial ofensivo.

Conforme decisão do Ministro Gurgel de Faria em 24 de novembro de 2015.

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIAS DE FATO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. OFENSA O PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O artigo 544, § 4º, do Código de Processo Civil autoriza o relator a julgar monocraticamente o agravo em recurso especial quando constatar qualquer uma das hipóteses ali descritas, de modo que não prospera a alegação de desrespeito ao princípio da colegialidade.

2. Quanto ao pedido de absolvição, o agravante limitou-se a repisar as teses levantadas anteriormente, não se pronunciando acerca da aplicação da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, atraindo, assim, a incidência da Súmula 182, também desta Corte.

3. Relativamente à substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a despeito da existência de precedentes em sentido contrário, esta Corte de justiça vem decidindo no sentido de que, nos casos de crimes e contravenções cometidos mediante violência ou grave ameaça, mostra-se inviável a aplicação do referido benefício, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal.

4. Agravo regimental conhecido parcialmente e, nessa extensão, desprovido.<sup>225</sup>

Seguindo o mesmo entendimento, o Ministro Nefi Cordeiro com a sentença prolatada em 04 de fevereiro de 2016.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DA PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. READEQUAÇÃO DO REGIME. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A valoração negativa da personalidade, embora possa prescindir de laudos técnicos de especialistas da área de saúde, exige uma análise ampla

<sup>225</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no agravo em Recurso Especial. **AgRg no Resp 757.553/MT**. Quinta Turma. Agravante: Ronaldo Nóbrega da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Relatora Min. Gurgel de Faria. Brasília, 24 de novembro de 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201501907711&dt\\_publicacao=17/12/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501907711&dt_publicacao=17/12/2015)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

da índole do réu, do seu comportamento e do seu modo de vida, a demonstrar real periculosidade e perversidade. Precedentes.

3. Em razão da redução da pena ora implementada, fixa-se o regime aberto para o início de cumprimento de pena, por se tratar de réu primário, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, não fazendo jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o não atendimento aos requisitos legais do art. 44 do Código Penal (crime cometido mediante violência ou grave ameaça).

4. Habeas corpus não conhecido, porém, concedida a ordem de ofício para reduzir a pena a 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 6 dias multa.<sup>226</sup>

A segunda turma criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, prescindida pelo relator Cesar Loyola, que em seu voto no acórdão nº. 941737, entende que não cabe substituição da pena conforme o art.44, inciso I, do Código Penal, ao entender que em crimes de lesão corporal leve não cabe a aplicação das penas restritivas de direito por entender que o crime foi cometido com violência, pouco importando a gravidade, fundamentando que o legislador não fez distinção ao grau ou natureza das lesões, não podendo o julgador aplicar exceções que não foi estabelecida por lei, como podemos analisar no julgado pela segunda turma.

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. LESÕES CORPORAIS NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. Art. 129, § 9º, DO CP. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA. REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. RECURSO IMPROVIDO

1. Devidamente apurada a autoria e materialidade do crime de lesões corporais em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, não há falar em absolvição por insuficiência de provas.

2. De acordo com majoritário entendimento jurisprudencial, para crimes como o da espécie, a palavra da vítima, uma vez abalizada pelos demais elementos que compõe os autos, toma especial relevo para fins de comprovação do alegado pela acusação.

3. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que inferior a 04 (quatro) anos, quando se tratar de crimes praticados com violência contra a pessoa, como é o caso do crime de lesão corporal, no contexto de violência doméstica (artigo 129, § 9º, do Código Penal), nos moldes do disposto no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

4. Recurso conhecido e desprovido.<sup>227</sup>

<sup>226</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC 339.469/RJ**. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201502679169&dt\\_publicacao=16/02/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502679169&dt_publicacao=16/02/2016)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>227</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal Nº 20120510033805APR. Segunda Turma Criminal. Apelante: Amilton Lelo Ribeiro Dos Santos. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora Min. Cesar Loyola. Brasília, 12

O relator manteve o entendimento do TJDFT, como seguinte voto:

Em que pese a existência de entendimentos diversos, predomina no âmbito desta Corte a orientação no sentido de que "No crime de lesão corporal é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a vedação legal estabelecida no art. 44, inc. I, do CP, independentemente do grau das lesões, i.e., do grau de violência." (Acórdão n.876894, 20120910248858APR, Relator: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 25/06/2015, Publicado no DJE: 30/06/2015. Pág.: 94)

De fato, o legislador processual não fez distinção quanto ao grau e natureza das lesões, não cabendo ao interprete estabelecer exceção não criada pela lei, de forma que estão excluídos da benesse todos os delitos violentos ou com grave ameaça, ainda que comportem pena de pouca duração.<sup>228</sup>

A jurisprudência recente de 16 de maio de 2017 do Superior Tribunal de Justiça, continua mantendo o entendimento da quinta turma, em não admitir a substituição da pena, quando não preenchido os requisitos, conforme o agravo regimental no recurso especial, o Ministro Felix Fischer mantém o entendimento da turma e do Tribunal Superior de Justiça com seguinte acórdão.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL TENTADO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS ART. 44, I, DO CP - IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. O entendimento assentado por esta Quinta Turma é no sentido de que "(...) sendo a presunção de violência absoluta em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que ausente o requisito do art. 44, inciso I, do CP.(...)" (AgRg no REsp n. 1.472.138/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 29/2/2016). Agravo regimental desprovido.<sup>229</sup>

---

de maio de 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Day/Downloads/941737%20(2).pdf >. Acesso em: 16 mar. 2018.

<sup>228</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal Nº 20120510033805APR. Segunda Turma Criminal. Apelante: Amilton Lelo Ribeiro Dos Santos. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora Min. Cesar Loyola. Brasília, 12 de maio de 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Day/Downloads/941737%20(2).pdf >. Acesso em: 16 mar. 2018.

<sup>229</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no agravo em Recurso Especial. **AgRg no Resp 1.613.395/MG**. Quinta Turma. Agravante: W L J. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora Min. Felix Fischer. Brasília, 16 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\_registro=201601834992&dt\_publicacao=12/06/2017>. Acesso em: 15 mar. 2018.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e o Superior Tribunal de Justiça, têm o mesmo entendimento ao aplicar as penas restritivas de direitos, vedando a sua incidência aos crimes praticados com violência ou grave ameaça. Não havendo possibilidade de exceções à regra, não havendo na lei tais hipóteses. Ou seja, aplicando a todos os casos o impedimento absoluto imposto pela lei com relação aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, não sendo analisado a gravidade da violência ou grave ameaça.

### **3.3 É razoável a estipulação deste impedimento absoluto?**

Então começaram a pensar em penas alternativas para cumprir com esse papel ressocializador, de reeducar o apenado, para introduzi-lo novamente na sociedade. O legislador ao inserir as penas restritivas de direito, tinham em mente um sistema que abrangesse os crimes de menor potencial ofensivo de modo que não incidisse as penas privativas de liberdade, por ser penas duras, que já não atendia a sua finalidade, sendo um sistema precário é pouco ressocializador.

Quando o ordenamento trouxe as penas restritivas de direitos, foi justamente pela necessidade de aplicação de penas justas aos crimes de menor potencial ofensivo, afastando as penas de encarceramento, é recuperar o delinquente para o convívio social.

A lei 7.209/84, tinha como ideia inicial, impedir a sua aplicação nas penas superiores a um ano, o réu não poderia ser reincidente, além da análise da conduta social do agente. A lei ampliou as penas restritivas de direito, além de ser aplicadas aos crimes com penas até quatro anos. Porém, a lei além de aplicar a incidência aos crimes com pena superiores a um ano e inferior a quatro anos, incluiu outro requisito objetivo, os crimes cometidos com violência ou grave ameaça, não podendo incidir as penas restritivas de direito.

A partir desse requisito objetivo, mesmo impondo pena inferior a quatro anos, se o crime tiver sido praticado com violência ou grave ameaça, não cabe a aplicação da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a lei é enfática com relação a aplicação deste impedimento.

Ao analisar a implicação desse requisito é de se indagar se tal imposição não fere a finalidade das penas restritivas de direito que foi introduzida no sistema penal como forma de ressocialização do condenado, pois é evidente que a pena

privativa de liberdade não conseguiu alcançar o principal objetivo de controle da criminalidade, devendo ter sua finalidade em casos realmente necessários e graves.

O legislador ao vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça não realizou qualquer referência em relação a gravidade das condutas, o legislador não instituiu um parâmetro para a aplicação da norma, devendo recair sobre todos os crimes que for praticada a conduta violenta contra a pessoa, independentemente do grau da ameaça ou violência, incidindo sobre a violência de natureza leve e grave.

Ao impor este impedimento absoluto o legislador não observou a individualização da pena, considerando todos os crimes de forma igualitária. Contudo, cada crime preconiza de sua particularidade, mesmo com seus pontos em comum, particularidades estas que deve ser observada ao ser aplicada a pena. E certo que a lei tem o intuito de aplicar a sanção ao caso concreto para inibir a prática de outros delitos de mesma natureza, porém deve observar o princípio da proporcionalidade.

Observe que estamos falando da gravidade do crime praticado e a sanção que deve ser imposta devendo se aplicar penas necessárias e proporcionais, visando a individualização da pena, analisando e aplicando penas proporcionais as infrações de menor potencial ofensivo.<sup>230</sup>

Passou a se analisar sobre outra perspectiva a concepção do indivíduo, devendo ser respeitado à dignidade da pessoa humana e a proibição de excessos. Devendo utilizar o princípio não como mero caráter interpretativo, mas como uma garantia legitimadora. Para o alcance desse meio harmônico é necessário observar três fatores essenciais, ter em mente a adequação teleológica de utilizar os princípios constitucionais, vedando a utilização do livre arbítrio. Outro fator é a utilização da necessidade, não podendo ultrapassar dos limites impostos e preservar o fim que se pretende, e por último é a utilização da proporcionalidade “*stricto sensu*” em que o representante do Estado é obrigado a utilizar meios adequados e afastar os meios desproporcionais.<sup>231</sup>

Ao aplicar a pena deve ser observada a necessidade e adequação da norma de forma que não viole os direitos do cidadão e da ordem jurídica. Devendo

---

<sup>230</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.65-66

<sup>231</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.66-67

buscar os meios pretendidos com meios menos gravosos.<sup>232</sup> Luiz Regis, em suas palavras preza exatamente esse equilíbrio com relação ao legislado e o juiz ao aplicar a lei, quando diz “[...] deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio abstrata (legislador) e concreta (juiz) entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta”.<sup>233</sup>

Além da proporcionalidade deve se observar a razoabilidade para atingir os objetivos que o instituto impõe sem representar excessos, visando sempre a aplicação de medidas que seja menos desvantajosa e grave para o cidadão.<sup>234</sup>

Não sendo razoável a não aplicação da pena restritiva de direito aos crimes cometidos com violência de natureza leve, utilizando como violação a regra do artigo 44, inciso I, do Código Penal ao impedir a sua aplicação.

Utilizar a estipulação do Art.44, inciso I como impedimento absoluto fere o princípio constitucional da proporcionalidade, que tem como fundamento principal observar a gravidade da lesão ao bem jurídico protegido, além da medida de segurança é a periculosidade que o agente representa. Se houver o impedimento de forma absoluta é afastado o princípio da proporcionalidade não sendo observado o caso concreto, sendo tratado os crimes de natureza grave e leve de forma idêntica, ferindo o direito da individualização da pena.<sup>235</sup>

Não vejo fundamento razoável utilizar o impedimento de substituir as penas por restritivas de direito a todos os crimes com penas inferiores a 4 anos cometidos com violência ou grave ameaça, sem analisar a conduta social, a lesão causada e a aplicação da pena que seja necessária e proporcional ao caso concreto, tendo nas penas restritivas de direito um meio menos greve ao cidadão que praticou uma lesão de natureza leve além das penas restritivas de direito exercer exatamente o que se espera na sua aplicação de ressocializar e introduzir o agente na sociedade, por ser uma pena menos gravosa que o impedimento da liberdade o tirando da convivência familiar e social.

---

<sup>232</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas: análise político- criminal das alterações da lei nº 9.714/98. 2º Ed- São Paulo: Saraiva,2000. Pág.67

<sup>233</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.85

<sup>234</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.85

<sup>235</sup> PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.85

## CONCLUSÃO

O presente trabalho de monografia teve por objetivo apurar, no âmbito penal, a seletividade da norma com relação a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça.

A Lei 9.714/98, ao ampliar o âmbito de incidência das penas restritivas que tinha como intuito de evitar a privação do condenado pelas penas privativa de liberdade que não atinge a sua principal finalidade de ressocializar, é apenas um sistema que superlota o sistema carcerário. As penas restritivas tinham por finalidade incidir penas menos devastadoras, com a intenção de recuperar o apenado e o inserir novamente na sociedade, além de esvaziar o sistema carcerário.

A pena restritiva de direito possui caráter autônoma, não possui natureza acessória, com isso o juiz ao aplicar a substituição das penas restritivas de direito, deve primeiramente aplicar a pena privativa de liberdade em seguida irá analisar a possibilidade da substituição da pena privativa em restritiva observando os requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos pela lei, verificando a possibilidade da substituição irá verificar e aplicar a pena restritiva mais adequada ao caso.

A lei prevê cinco espécies de penas restritivas de direito, a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade, interdição de direitos e a limitação de fim de semana, devendo o juiz estipular dependendo de cada caso o que melhor se amolda.

Porém a Lei 9.714/98 ao ampliar a incidência das penas restritivas, além de ampliar a incidência a crimes com pena até quatro anos, acrescentou a impossibilidade de substituir a pena nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça.

Contudo, o legislador ao impor esta proibição torna as penas restritivas de direito inaplicadas, pois o juiz ao aplicar penas substitutivas irá analisar penas que atenda às necessidades do caso concreto, é substituirá penas degradantes por penas que melhor beneficie o réu, observando a ordem pública. O legislador ao impor tal impedimento exclui das penas restritivas a sua finalidade e aplicabilidade, pois o os



crimes que ensejariam a sua aplicação normalmente são crimes com penas até dois anos, normalmente o juiz prefere aplicar o *sursis*, por pena mais favorável ao réu.

A norma possui um caráter seletivo, os crimes possuindo tratamento diversificado que culminam em soluções diferentes. O nosso sistema carcerário é o reflexo desse tratamento diferente, incidindo sobre grupos descentralizados do poder estatal todo o rigor que a lei possui, gerando um sistema carcerário superlotados por apenas uma classe social, ou seja, as prisões brasileiras em sua maioria são povoadas por homens negros, “pobres” e desempregados. Este juízo de valor que é realizado justamente pela sociedade, que vê associa ao criminoso essas características.

O legislador, ao elaborar novas tipificações penais, realiza estudos sobre os efeitos que a nova tipificação irá alcançar, com intuito de justamente beneficiar grupos privilegiados. Foi exatamente o que ocorreu com penas restritivas de direito. O legislador proíbe a sua aplicação aos crimes de menor potencial ofensivo que são cometidos com violência ou grave ameaça, perdendo a finalidade do instituto e privilegiando alguns grupos, pois é evidente que excluiu justamente os crimes que são cometidos majoritariamente pelos integrantes das classes sociais mais baixas.

A jurisprudência brasileira tem o entendimento consolidado em manter o entendimento do legislador, que crimes praticados com violência ou grave ameaça não cabe a aplicação da substituição da pena, independente se o crime foi de natureza leve ou grave.

Será que tal entendimento tanto do legislador quanto da jurisprudência não fere o princípio da proporcionalidade, da individualização da pena, devendo o sistema brasileiro engessado por leis retrogradadas com essência de vingança, não merece ser repensado.

Vejo a necessidade de soluções ao sistema penal, visando a igualdade além de penas que recupere o indivíduo, independente da classe social em que se encontra, com leis modernas que visa a necessidade da sociedade, e que não seja para beneficiar ou piorar a situação de certos grupos.

O legislador pode começar justamente repensando no impedimento absoluto para a aplicação das penas restritivas de direito, devendo analisar a sua finalidade, aplicação, observando o princípio da proporcionalidade e da

individualização da pena, ao afastar o impedimento absoluto e aplicar a substituição da pena conforme a necessidade de cada caso, ou seja, observando a natureza da violência, ao estipular tal entendimento.

O sistema que possuímos hoje não recupera o indivíduo infrator, pelo contrário, os jogam em um sistema precário em meio a outros tipos de criminosos, sendo maioria pobre e negra, possibilitando a criação de crimes organizados, por um sistema falido e ultrapassado.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1/ 20. Ed. Ver., ampl e atual.- São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC Nº 233.960/SP**. Quinta Turma. Impetrante: Marcos Alexandre De Andrade. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Relatora Min. Laurita Vaz. Brasília, 26 de novembro de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201200344367&dt\\_publicacao=09/12/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200344367&dt_publicacao=09/12/2013)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC Nº 290.650/MS**. Quinta Turma. Impetrante : Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relatora Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 15 de maio de 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201400578010&dt\\_publicacao=22/05/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400578010&dt_publicacao=22/05/2014)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC 339.469/RJ**. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201502679169&dt\\_publicacao=16/02/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502679169&dt_publicacao=16/02/2016)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no agravo em Recurso Especial. **AgRg no Resp 1.613.395/MG**. Quinta Turma. Agravante: W L J. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora Min. Felix Fischer. Brasília, 16 de maio de 2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201601834992&dt\\_publicacao=12/06/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601834992&dt_publicacao=12/06/2017)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no agravo em Recurso Especial. **AgRg no Resp 757.553/MT**. Quinta Turma. Agravante: Ronaldo Nóbrega da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Relatora Min. Gurgel de Faria. Brasília, 24 de novembro de 2015. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201501907711&dt\\_publicacao=17/12/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501907711&dt_publicacao=17/12/2015)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Criminal Nº 20101010081815APR**. Terceira Turma. Apelante: Luis Felipe Santos Pinheiro. Apelado: Ministério Público Do Distrito Federal E Territórios. Relatora Min. Humberto Adjuto Ulhôa. Brasília, 14 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Criminal Nº 20120510033805APR**. Segunda Turma Criminal. Apelante: Amilton Lelo Ribeiro Dos Santos. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora Min. Cesar Loyola. Brasília, 12 de maio de 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Day/Downloads/941737%20(2).pdf >. Acesso em: 16 mar. 2018.

CERVINI, Raúl. Os processos de descriminalização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

JESUS, Damásio E. de. Penas alternativas: anotações à lei n. 9.714 de 25 de novembro de 1998.- São Paulo: Saraiva, 1999

LUISI, Luiz. Os Princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 2003

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume 1: Parte geral, arts1º a 120 do cp. 30 ed. Ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2014

PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000

PRADO, Luiz Regis, Curso de direito penal brasileiro: parte geral. 2. Ed. Ver., atual e ampl. – São Paulo: Editora revista dos tribunais,2000. Pág.381

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994

TRISTÃO, Adalto Dias. Sentença criminal: prática de aplicação da pena e medida de segurança. 5. Ed.rev., atual. E ampl.- Belo Horizonte: Del Rey.2001

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997